TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XX

Direito das Coisas: Direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese.

PARTE IX

Direitos reais de garantia

CAPITULO 1

GENERALIDADES

1 2.413. *Conceito de direito real de garantia.* 1. Direitos reais limitados e direitos reaja de garantia. 2. “Fiducia cum creditore contracta”. 3. Aparição do direito real limitado(“pignus”)

§ 2.414. *Distinção entre bens móveis e bens imóveis.* 1. Penhor e hipoteca. 2. Linhas discriminativas. 3. Três espécies de direitos reais de garantia. 4. Tipo único

§ 2.415. *Exigência da publicidade.* 1. Direito romano. 2. Direito germânico e medieval

§ 2.416. *Principio da especialidade.* 1. Inespecialidade e especialidade. 2. Direito brasileiro CAPITULO II

OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA EM GERAL

§ 2.417. *Conceito e conseqüências do conceito.* 1. Direito real limitado. 2. Natureza da mora do dono ou enfiteuta ou possuidor 3. Objeções e exceções do proprietário ou enfiteuta ou possuidor

§ 2.418 *Restituição entre o direito real de garantia e o crédito.* 1.

Pressupostos de indicação quantitativa. 2.

Créditos inexistentes, créditos mutilados e pretensões prescritas

§ 2.419 *Problema técnico da acessoríedade.* 1. Conceito de acessório. 2. Direito brasileiro. 3. Créditos futuros 5 2.420. *Capacidade do constituinte do direito real de garantia.* 1. Pessoas incapazes. 2. Pós eficacização

§.2.421. *Com propriedade, coefiteuse e gravação.* 1. Partes ideais e partes reais. 2. Comunhões, credores conjuntos e devedores conjunto

§ 2.422. *Proibição do* pacto *comissório.* 1. Origem da regra jurídica. 2.Conteúdo da regra jurídica. 3. Fundamento.

4. Aplicação da regra jurídica. 6. Preço a ser arbitrado

§. 2.423. *Principio da prioridade.* 1. Prioridade e pocioridade. 2. Função dupla do direito real de garantia

§ 2.424. *Substituição e rei orçamento da garantia real.* 1. Conveniência e necessidade de reforço. 2. Devedor constituinte da garantia. 3. Garantia prestada por terceiro

§ 2.425. *Dívidas pagáveis em prestações.* 1. Princípio da integralidade da prestação. 2. Dispositividade do principio.

§ 2.426. *Pretensão 4 execução e* à *retenção.* 1. Direito real de garantia e execução. 2. Direito de posse pelo anticresista.

§ 2.427. *Vencimento doa gravames.* 1. Vencimento da divida e vencimento do gravame. 2. Deterioração ou depreciação do bem gravado. 3. Insolvência ou falência. 4. Falta de pagamento das prestações. 5. Perecimento do objeto dado em garantia. 6. Desapropriação

§ 2.428. *Remição doa direitos reais de garantia.* 1. Conceito de remição. 2. Legitimados à remição 4.Pertenças. 5. Sub-rogações reais. 6. Patrimônios e hipoteca. 7. Herança e hipoteca. 8. Hipoteca de apartamentos *Domínio do bem sujeito a emiteuse.* 1. Hipoteca do domínio restringido. 2. Arrematação e adjudicação *Bem em!*

itêutico. 1. Enfiteuse e hipoteca. 2 Sub enfiteuse *Estrada. de ferro.* 1. Estradas de ferro, bens à parte 2.Inscrição e regramento *Mina.*. 1. Propriedade das minas. 2. Hipoteca .... 77 *Pedreira.*. 1. Independentização das pedreira.. 2.

Domínio e enfiteuse

Navios e aeronaves. 1. Bens móveis. 2. Legislação especial. 3. Aeronaves CAPITULO III

§ 2.429.

§ 2.430.

8 2.431.

§ 2.432.

§ 2.433.

§ 2.434.

§ 2.435.

§ 2.436.

§ 2.440.

§ 2.441.

§ 2.442.

§ 2.443.

§ 2.444.

§ 2.445.

EXTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Extinção e causa. de extinção. 1. Gravame e divida garantida. 2. Extinção constante do registro *Desaparecimento do crédito.* 1. Crédito e gravame. 2. Falta de cancelamento.

Perecimento do bem gravado. 1. Destruição sem posteridade. 2. Perecimento e resíduo,. 3. Renúncia ao domínio ou à enfiteuse

Remiancia. 1. Causa de extinção. 2 Renúncia à inscrição e renúncia ao gravame *Remição.* 1. Penhor, hipoteca e anticrese. 2. Remição

Arrematação e adjudicação. 1. Técnica legislativa. 2 Direito processual

Confusão. 1. Penhor e hipoteca. 2. Confusão quanto ao crédito, e não extinção do gravame *Preso preclusivo para a anticrese.* 1. Código 760. 2. Se há extinção da anticrese por fato de prescrição da ação real

PARTE X

mpouca

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DA HIPOTECA

§ 2.487. *História e conceito.* 1. Evolução do conceito. 2. Direito moderno e brasileiro. 3. Alienação do bem gravado e direito sobre direito

§ 2.488. *Declaração.* 1. Hipoteca, direito real de garantia. 2. Hipoteca com interesses. 8. Direito civil e direito comercial

CAPITULO 11

OBJETO DA HIPOTECA

§ 2.439. *Limitações quanto ao objeto.* 1. Bens imóveis. 2. Partes reais e partes ideais. 3. Partes integrantes do bem imóvel.

CONSTITUIÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.446. *Ato constitutivo.* 1. Ato constitutivo e inscrição. Acordo de constituição

§ 2.447. *Registro e hipoteca.* 1. Necessariedade da inscrição. 2. Fé pública e inscrição das hipotecas. 3. Registro e lugar da situação do imóvel. 4. Restrições ao poder de dispor. 5. Capacidade e legitimação do outorgante e fé pública. 6. Hipoteca durante inventário e partilha de bens de herança.

§ 2.448. *Requisitos de indicação quanto â inscrição.* 1. Enumeração do

que se há de declarar. 2. Negócio jurídico de que exsurge o crédito garantido e o acordo de constituição.

§ 2.449. *Indicação do credor.* 1. Credor e qualificações. 2 Domicilio indicado

§ 2.450. *Indicação.* 1. Devedor e qualificação. 2. Dificuldade de precisão

§ 2.451. *Indicação do titulo.* 1. Data e natureza do titulo. 2. Crédito inexistente e crédito oriundo de negócio jurídico inválido. 3. ficitude e impossibilidade. 4. Valor do crédito. 5.Dividas prescritas e obrigações naturais

§ 2.452. *Indicação do bem gravado.* 1. Bem gravado e sua estimação. 2. Bens que não são prédios livres

§ 2.453. *Indicação do prazo e prestações acessórias.* 1. Prazo da hipoteca. 2. Amortização. 3. intereses hipotecários e outras prestações acessórias

§ 2.454. *Conseqüência. da falta de indicação exigida para a inscrição.* 1.Análise das infrações. 2. Indicações inexatas. 3. Crédito e causa

§ 2.455. *Presunções legais e fé pública do registro.* 1. Presunção oriunda do Código Civil, art. 859. 2. Fé pública do registro.3.Aquisição da hipoteca sem aquisição do crédito

§ 2.456. *Inexatidões do registro hipotecário.* 1. Inexatidão do registro e retificabilidade. 2. Registro cautelar. 3.

Despesas

§ 2.457. *Requerimento de inscrição.* 1. Acordo de inscrição e consentimento para a inscrição. 2. Inscrição de hipotecas legais. 3. Dúvida do oficial do registro

§2.458. *Pluralidade de hipoteca.*. 1. Direitos reais diferentes e duas ou mais hipotecas. 2. Ordem das inscrições das hipotecas e graus. 3. Pluralidade de hipotecas no mesmo dia. 4. Comunhão “pro indiviso” e comunhão “pro diviso” do prédio gravado, supervenientes

§ 2.459. *Reserva de grau, troca de grau e mantença de grau.* 1. Conceito. 2. Reserva relativa e reserva absoluta de grau.3.Troca de grau. 4. Exercício do direito de reserva. 5.Mantença de grau pela hipoteca reservante

§ 2.460. *Hipoteca constituída em testamento.* 1. Disposição de última vontade e hipoteca. 2. Dação de hipoteca a favor de legatário de crédito

§ 2.461. *Hipoteca. legais e hipotecas judiciais; hipoteca especiais.* 1.Hipotecas legais. 2. Hipotecas judiciais. 3

Hipotecas especiais

§ 2.462. *Hipoteca conjunta.* 1. Conceito de hipoteca conjunta. 2 Pertenças e hipoteca

§ 2.463. *Eficácia da constituição de hipoteca.* 1. Eficácia real.2. Antes da inscrição. 3. Problemas das aquisições e uniões de terrenos. 4. Acessões e benfeitorias. 5. Frutos...

§ 2.464. *Ineficácia da constituição de hipoteca.* 1. Constituição de hipoteca por pessoa sem poder de disposição. 2.

Penhora,arrestos, sequilestros e hipoteca. 3. Ações reais e reipersecutórias. 4. Falência e hipoteca. 5. Hipotecas a favor da massa falida

§ 2.465. *Ineficácia relativa da. hipoteca. Pra concursais.* 1. Técnica legislativa. 2. Solução dada pelo Código Civil. 3. Celebração, e não registro

CAPITULO IV

DIVISÃO, TRANSMISSÃO E GRAVAME DA HIPOTECA

§ 2.466. *Divisibilidade da hipoteca.* 1.Direito anterior. 2. Divisibilidade do bem gravado. 3.Divisibilidade do crédito garantido. 4. “Nemo subrogatcontra se”

§ 2.467. *Transmissão do direito de hipotéca.* 1. Transmissão entre vivos e a causa de morte. 2.Espécies de transmissão. vivos e a causa de morte.2. Espécies de transmissão.3. Cláusula deintransmissibilidade do direito de hipoteca

CAPITULO V

HIPOTECAS LEGAIS

§ 2.469. *Conceito e espécies.* 1. Conceito de hipoteca legal. 2. Espécies. 3. Arrematação e hipoteca. 4. Hipoteca em garantia de inadimplemento. 5. Hipoteca voluntária rei terante

§ 2.470. *Registro das hipoteca. legais.* 1. Hipoteca legal e registro.2.Promoção da especialização e inscrição. 3.

Responsabilidade das pessoas que têm de requerer a inscrição e a especialização. 4. Hipotecas legais e preclusão CAPITULO VI

HIPOTECA JUDICIAL

§ 2.471. *Conceito e pressupostos.* 1. Hipoteca judicial, expediente técnico de execução. 2. Hipoteca judiciária. 3.

Pressupostos das hipotecas judiciais

§ 2.472. *Momento de constituição da hipoteca judicial.* 1. Inscrição e sentença. 2. Função de constituir CAPITULO VIl

HIPOTECA JUDICIÁRIA

§ 2.473. *Conceito e pressupostos.* 1. Conceito e fundamento. 2. O que se garante com a hipoteca judiciária. 3.

Sentenças que permitem a hipoteca judiciária. 4. Direito à inscrição.5.Especialização. 6. Hipoteca legal do ofendido e hipoteca judiciária

§ 2.474. *Hipoteca comum ativa e hipotecas anteriores e posteriores.* 1.Gravação cumulativa. 2. Hipotecas anteriores e posteriores

CAPITULO VIII

HIPOTECA DE MINAS E PEDREIRAS

§ 2.475. *Indústria mineira e pedra.* 1. Características do objeto hipotecado. 2. Exploração das minas. 3. Crédito para empresas de minas e pedreiras

§ 2.476. *Direito romano e medieval.* 1. Direito romano. 2. Hipotecas e penhores. 3. Idade Média e minas

§ 2.477. *Direito contemporâneo.* 1. Tempos modernos. 2. Se a aquisição da propriedade da mina é derivativa ou originária

§ 2.478. *Mina. hipotecáveis.* 1. "Pars fundi" e bem distinto 2.Águas

§ 2.479. *Hipoteca de mina..* 1. Direitos reais limitados. 2. Domínio. 3. Minas e bens públicos. 4. Minas e garantia real

§ 2.480. *Extinção das hipoteca. de iíinas.* 1. Extinção da propriedade da mina. 2. Desconstituição administrativa e judicial

§ 2.481. *Pedreira..* 1. Direito das pedreiras. 2. Pedreira, bem imóvel. 3. Regras jurídicas sobre hipoteca das pedreiras

CAPITULO IX

HIPOTECA DE NAVIOS

§ 2.482. *Hipoteca mobiliária.* 1. Hipoteca de navios e hipoteca de aviões. 2. Legislação

§ 2.483. *Objeto da hipoteca de navios.* 1. Navios prontos e navios em construção. 2. Embarcação e tonelagem. 3.

Partes integrantes e pertenças. 4. Seguro e sub-rogação. 5. Penhora e sub-rogação

§ 2.484. *Negócio jurídico básico, acordo de constituição e consentimento para inscrição e averbação.* 1. Três conceitos. 2. Capacidade para hipotecar. 3. Comunhão e hipoteca de

navio

§ 2.485. *Pluralidade de hipotecas.* 1. Hipoteca posterior. 2. Vencimento e remição

§ 2.486. *Inscrição de hipoteca.* 1. Acordo de constituição. 2. Requisitos do acordo de constituição. 3. Inscrição. 4.

Averbação. 5. Prorrogação e renovação

§ 2.487. *Nacionalidade brasileira dos navios.* 1. Navios e nacionalidade. 2. Convenção de Bruxelas, de 10 de abril de 1926.

§ 2.488. *Acordos de constituição de hipoteca feitos fora do Brasil.* 1.Instrumentação pública essencial ao acordo de constituição. 2. Averbação provisória

§ 2.489. *Extinção da hipoteca de navios.* 1. Causas de extinção. 2.Prazo preclusivo. 3. Cancelamento. 4. Eficácia da extinção

CAPITULO X

HIPOTECA DE AERONAVES

§ 2.490. *Conceito e objeto.* 1. Conceito. 2. Inscrição e averbação

§ 2.491 *Transferência da propriedade e hipoteca de aeronaves.* 1. Hipoteca de aeronaves e domínio. 2. Terceiro dador de hipoteca

§ 2.492. *Constituição da< aeronaves.* 1. Negócio jurídico entre vivos e outros modos de constituição. 2.

Pluralidade de proprietários

§ 2.493. *Extinção da hipoteca sobre aeronaves.* 1. Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, art. 154. 2. Subrogação real.

CAPITULO XI

HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO

§ 2.494. *Conceito e objeto.* 1. Conceito de hipoteca de estrada de ferro. 2. Objeto da hipoteca de estrada de ferro3.

Abrangência da hipoteca

§ 2.495. *Constituição da hipoteca de estrada de ferro.* 1 Regras jurídicas gerais. 2. Bens imóveis não atingidos

§ 2.496. *Extinção da hipoteca de estradas do fervo.* 1 Causas de extinção. 2. Registro CAPITULO III

LETRAS HIPOTECÁRIAS

§ 2.497. *Conceito e criação das letra. hipotecárias.* 1. Titulo, de direito real. 2. Constituição da hipoteca e criação dos títulos

§ 2.498. *Transferência de propriedade dos títulos ao portador e por endosso dos títulos nominativos.* 1. Duas espécies. 2. Negociabilidade. 3. Decreto lei nº 1.344, de 13 de junho de 1939, art. 1.0

§ 2.499. *Amortização e execução forçada.* 1. Solução da divida 2.Inadimplemento 218

CAPITUlO XIII

HIPOTECA A FAVOR DE TÍTULOS DE CRÉDITOS CIRCULANTES E REPRESENTATIVOS

§ 2.500. *Hipoteca a favor de títulos de crédito.* 1. Admissibilidade da hipoteca. 2. Anotação. 3. Cancelamento 219§ 2.501. *Transferência do crédito.* 1. Alienação de títulos e hipoteca: a) Títulos endossáveis. 2. b) Títulos ao portador.3. Momento da inscrição. 4. Pressupostos especiais da inscrição. 5. Exercício dos direitos hipotecários 221 *§* 2.502. *Títulos representativos e hipoteca.* 1. Hipoteca a favor de títulos representativos. 2. Inscrição e cancelamento.

CAPITULO XIV

CONTEÚDO DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 2.503. *Hipoteca imobiliária e hipoteca mobiliária.* 1. Hipoteca imobiliária. 2. Hipotecas mobiliárias. 3.

Tipicidade e pactos extra-hipotecários

§ 2.504. *Direitos inclusos.* 1. Integridade do bem gravado. 2 Dever e obrigação de reforço da garantia

§ 2.505. *Alterações ao conteúdo.* 1. Alterações e outros gravamos. 2.Substituição do crédito.. 3. Renúncia à propriedade. 4.Abandono do bem gravado pelo dono. 5. Renúncia e alienação gratuita ao senhorio, pelo enfiteuta, em caso de gravação da enfiteuse. 6. Divisão do bem gravado235 § 2.506. *Eficácia real executiva da hipoteca.* 1.

Eficácia real e preferência ou prelação. 2. Devedor e dono ou enfiteuta do bem gravado

§ 2.507. *Vantagem do formo e vencimento antecirido.* 1 Negócio jurídico de constituição e abstração. 2. Limite legal ao termo ou à condição

§ 2.508. *Vencimento da hipoteca.* 1. Conceito. 2. Interpelação.3.Deterioração ou depreciação. 4. Insolvência e falência do devedor. 5. Considerações finais. 6. Não-pagamento das prestações ao tempo de serem pagas. 7.

Perecimento do objeto hipotecado. 8. Desapropriação

§ 2.509. *Terceiro dador da hipoteca.* 1. Posição jurídica. 2. Sub-rogação pessoal quanto ao crédito garantido. 3.

Remição na ação executiva hipotecária. 4. Datio in solutum". 5.ação de regresso. 6. ação executiva hipotecária e ação executiva pessoal

§ 2.510. *Terceiro adquirente de bem hipotecado.* 1. Posição jurídica. 2.Sub-rogação pessoal quanto à divida garantida e quanto à hipoteca. 3. Remição antes da ação executiva hipotecária. 4. "Datio in solutum". 5. ação executiva hipotecária.

CAPITULO XV

REMIÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.511. *Conceito e espécies de remição.* 1. Conceito de remição.2. Hipoteca e remição. 3. Pretensões ao desinteresse do credor

§ 2.512. *Processo da remição.* 1. Código de Processo Civil, arts. 393--404. 2. Remição pelo adquirente do imóvel.

3. Remição pelo titular do direito de hipoteca posterior

§ 2.613. *Falência ou insolvência e remição.* 1 Processo comum da arrematação e remição. 2. Falência e remição.

3. Insolvência e remição

§ 2.514. *Remição e hipoteca legal.* 1. Hipoteca legal e incidência sub rogativa real. 2. Remição com base nos arts.

814 e 815 do Código Civil. 3. Sub-rogação real, com remição conseqüente

§ 2.515. *Arrematação e remição.* 1. Situação do titular do direito de hipoteca, em caso de ter de ser posto em hasta pública bem hipotecado. 2. Notificação e falta de notificação.3. Concurso de credores. 4. Inscrição posterior à penhora.5. Remição e dispensa da avaliação. 6. Cônjuge, descendentes e ascendentes CAPITULO XVI

EXTINÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.516. *Causas de extinção da hipoteca.* 1. Espécies. 2. (1) Desaparecimento da obrigação principal. 3. (II) Destruição da coisa ou resolução do domínio. 4. (III) Renúncia do titular do direito de hipoteca. 5. (IV) Remição da hipoteca. 6. (V> Sentença passada em julgado. 7. (VI) Prescrição da ação hipotecária. 8. (VII) Arrematação ou adjudicação

§ 2.517. *Eficácia da. Espécies* 1 Eficácia extintiva. 2 Inexatidão do cancelamento

§ 2.518. *Reinscrição.* 1. Conceito. 2. Distinção relevante (reinscrição e retificação). 3. Cancelamento da inscrição com finalidade de reinscrição. 4. Preclusão e reinscrição

§ 2.519. *Desaparecimento do crédito garantido.* 1. Extinção. 2 Espécies

§ 2.520. *Perecimento do bem hipotecado* ("DESTRUIÇÃO DA COISA">. 1. Extinção do direito real. 3. Subrogação

§ 2.521. *Renúncia ao direito real de hipoteca.* 1. Forma. 2.Re-núncia à hipoteca e renúncia ou remissão ao direito de crédito. 3. Cancelamento e eficácia desconstitutiva. 4.Terceiros adquirentes do domínio ou de direitos reais sobre o bem cuja hipoteca foi cancelada

§ 2.522. *Prescrição como suporte fático de preclusão.* 1.Eficácia e existência. 2. Pretensão real e pretensão pessoal.

§ 2.523. *Desapropriação e sinistro do imóvel hipotecado.* 1. Desapropriação e extração do valor. 2. Seguro e extração do valor

§ 2.524. *Reunião de titularidade dos direitos reais na mesma pessoa.* 1.Domínio ou enfiteuse e hipoteca. 2.

Direito brasileiro.

§ 2.525. *Preclusão do direito de hipoteca.* 1. Preclusão e prescrição. 2. Prazo preclusivo e ato constitutivo da hipoteca

§ 2.526. *Extinção por existir termo extintivo ou condição extintiva.* 1.Determinações mexas. 2. Causas de extinção. 3. Terceiro dador e terceiro adquirente do bem gravado

§ 2.527. *Usucapião e extinção da hipoteca.* 1. Conseqüências conceptuais. 2. Possuidor e hipoteca

§ 2.528. *Conceito de hipoteca posterior.* 1. Segunda hipoteca e hipoteca posterior. 2. Diminuição do valor e pluralidade de hipotecas. 3. Se o art. 812 do Código Civil é dispositivo. 4.Vencimento antecipado e pluralidade de hipotecas. 5. Aumento da divida garantida por hipoteca

§ 2.529. *Hipoteca. cumulativas.* 1. Conceito. 2. Hipoteca cumulativa e hipoteca posterior. 3. Distribuição da hipoteca cumulativa. 4. Extinção da hipoteca cumulativa

HIPOTECA DE PROPRITETÁRIO

§ 2.530. *Posição do problema.* 1. Direito sem registros e direito com registros constitutivos. 2. Hipoteca de proprietário e o direito antigo. 3. Hipoteca de proprietário, no direito contemporâneo. 4. A doutrina

§ 2.531. *Antes da legislação sobre registros.* 1. Direito romano e hipoteca de proprietário. 2. Alguns textos que provocaram discussão. 3. Textos em que se encontra a hipoteca de proprietário

§ 2.532. *Depois da legislação sobre registros.* 1 Função eficacial do registro. 2. Conseqüências

§ 2.533. *Solução do problema.* 1. Abstração do registro. 2. Registro constitutivo

§ 2.534. *Principais hipoteca. de proprietário.* 1. Exame de espécies. 2. Proprietário não-devedor, adquirente do crédito e da hipoteca. 3. Proprietário-devedor, adquirente do crédito e da hipoteca. 4. Terceiro e sub-rogação pessoal. 5. Terceiro dador da hipoteca que solve a divida

§ 2.535. *Transferência da propriedade.* 1. Transferência da propriedade e hipoteca de proprietário. 2. Proprietário segundo registro

1 2.536. *Hipoteca de proprietário originária.* 1. Conceito. 2. Crédito futuro e crédito sob condição ou a termo. 3.

Nascimento de hipoteca de proprietário originária

§ 2.537. *Conteúdo da hipoteca de proprietário.* 1. Princípios. 2.Atos de disposição. 3. Atos permitidos de execução forçada. 4.Gravame. 5. Renúncia e cancelamento

§ 2.538. *Renúncia e cancelamento.* 1. Conceitos. 2. Direito fiscal.

§ 2.539. *Hipoteca de proprietário e tutela jurídica.* 1.Hipoteca de proprietário e propriedade. 2. Direito especial CAPITULO XIX

REFORÇO DE GARANTIA

§ 2.540. *Deterioração e depreciação do bem gravado.* 1. Devedor e reforço da garantia. 2. Pretensão só reforço e pretensão. à substituição. 3. Reforço e exaustão do valor por execução de hipoteca de grau preferente

§ 2.541. *Insuficiência dos bens especializados em hipoteca legal* 1.Hipoteca legal. 2. Pretensão à substituição CAPITULO XX

PLURALIDADE DE HIPOTECAS

HIPOTECA, PREFERÊNCIAS E PRIVILÉGIOS

§ 2.542. *Hipoteca e créditos preferentes.* 1. Hipoteca e execução.2.Navios e privilégios dos credores, em relação à hipoteca.3.Fazenda Pública e preferência da hipoteca. 4. Crédito.

§ 2.543.Juros..h *ipoteca que se garante e gravame da hipoteca* 1 Usufruto, uso habitação e hipoteca. 2. Hipoteca que se garante por usufruto, uso ou habitação. 3. Gravame do direito hipotecário CAPITULO XXI

AÇÕES ORIUNDAS DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 2. 544.. *ação declaratória.* 1. Existência do direito real limitado.2.Imprescritibilidade e eficácia sentencial

§ 2.545. *ação condenatória.* 1. Ofensa ao direito real de hipoteca e ofensa à coisa hipotecada. 2. Nascimento das ações

§ 2.546. *ação de preceito cominatório.* 1. Pressupostos. 2. Inserção na ação confessória

§ 2.547. *ação de segurança.* 1. Medidas cautelares. 2 Pro-_

§ 2.548. *ação confessória.* 1. Hipoteca e ação confessória. 2. Natureza da ação confessória

§ 2.549. *ação executiva hipotecária.* 1. Garantia real e ação. 2. Inscrição e ação executiva hipotecária. 3.

Adiantamento de execução. 4. Vencimento de hipoteca anterior. 5. Ônus da prova. 6. Defesa do proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio. 7. Prestações e vencimentos antecipados.8.Pluralidade de hipoteca e execução. 9.

Eficácia da penhora na ação executiva hipotecária. 10. ação emanada do crédito e ação executiva hipotecária

§ 2.550. *ação executiva em que não é autor o titular do direito de hipoteca.* 1. ação executiva "inter alios". 2. ação executiva exercida pelo titular do direito real limitado sobre direito de hipoteca

§ 2.551. *Insolvência do dono do bem gravado de hipoteca.* 1.Precisões. 2. Insolvência e falência do devedor não-dono do bem gravado

§ 2.552. *Falência do dono do bem gravado de hipoteca.* 1. Presseguimento das ações, inclusive executivas, hipotecárias, e processo falencial. 2. Ações executivas hipotecárias não-propostas. 3. Dono do bem gravado e hipoteca em garantia da divida alheia. 4. Adjudicação

§ 2 553. *Penhora e frutos.* 1. Frutos pendentes. 2. Bem hipotecado e gravado em usufruto, uso ou habitação

§ 2.554. *Direito de retenção e hipoteca.* 1. Natureza do direito de retenção. 2. Jurisprudência. 3. Soluções em ciência jurídica

§ 2.555. *Suspensão e interrupção da prescrição da ação executiva hipotecária.* 1. Regras jurídicas comuns. 2.

Suspensão da prescrição da ação executiva hipotecária. 3. Interrupção da prescrição da ação executiva hipotecária. 4. Citação.5.Protesto. 6. Apresentação do titulo executivo hipotecário em juízo de inventário ou em concurso de credores. 7. Ato judicial que constitua em mora. 8. Ato de reconhecimento da hipoteca. 9. Atos que não interrompem a prescrição.10.Cessação da ação executiva hipotecária CAPITULO XXII

AÇÕES EXECUTIVAS PESSOAIS SOBRE O BEM GRAVADO

§ 2.556. *Distinção prévia.* 1. ação executiva pessoal e ação executiva real. 2. ação executiva pessoal do credor hipotecário

§ 2.557. *Credores quirografários e execução dos credores quirografários.* 1. ação executiva. 2. Nomeação de bens à penhora. 3. Execução e insolvência

CAPITULO XXIII

AÇÕES CONTRA O TITULAR DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 2..559

§ 2.560.

dade. 3. Disputa entre credores. 4. Alegação em defesa.5.Fraude à execução *Direito do credor com hipoteca.* 1.

Valor do imóvel. 2. Direito real e execução

Inexatidão do registro. 1. Princípios gerais. 2Elisão da fé pública.

PARTE XI

Penhor

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO PENHOR

§ 2.561. *Conceito de penhor.* 1. Negócio jurídico e direito. 2. Direito real limitado. 3. Posse e penhor. 4.

Empenhabilidade e penhorabilidade. 5. Interessados no penhor .

§ 2.562. *Eficácia do penhor.* 1. Eficácia da relação jurídica do penhor. 2. Pacto anticrético CAPITULO II

OBJETO DO PENHOR

§ 2.563. *Bens corpóreos.* 1. Penhor típico. 2. Imobilização temporária. 3. Partes integrantes. 4. « Universitas facti" e uuniversitas iuris". 5. Pertenças. 6. Frutos

§ 2.654. *Títulos ao portador.* 1. Penhor do titulo ou cártula. 2 Conteúdo do direito de penhor

§ 2.565. *Títulos endossáveis.* 1. Classificação do penhor. 2. Registro

§ 2.566. *Direitos reais limitados e direitos pessoais.* 1. Penhor de direitos reais limitados e de direitos pessoais. 2.

Direitos reais sucessivos. 3. Créditos e penhor sobre créditos. 4. Notificação do devedor, quando é de exigir-se para eficácia.

CAPITULO III

CONSTITUIÇÃO DO PENHOR

§ 2.567. *Penhor e direito de penhor.* 1. Distinção prévia. 2. Propriedade mobiliária e transmissão

§ 2.568. *Títulos nominativos.* 1. Classificação do penhor. 2. Técnica do registro

§ 2.569. *Modos de aquisição do direito de penhor.* 1. Direito de penhor e modos de constituição. 2. Fontes do direito de penhor. 3. Constituição negocial de penhor. 4. Constituição legal de penhor. 5. Penhor e usucapião

§ 2.570. *Constituição de penhor por negócio jurídico entre vivos.*

1.Precisões. 2. Forma do acordo de constituição de penhor. 3. Registro constitutivo e registro não-constitutivo. 4

§ 2.571. *Constituição testamentária de penhor.* 1. Negócio jurídico unilateral. 2. Interpretação da verba sobre penhor

§ 2.572. *Penhor legal.* 1. Espécies. 2. Pretensão à constituição do penhor. 3. Homologação do penhor. 4.

Recorribilidade

§ 2.573.

§ 2.574.

§ 2.575.

§ 2.576.

Penhor judicial. 1. Precisões. 2. Função judicial constitutiva *Posse e penhor.* 1. Posse do titular do direito de penhor 2.Posse imediata e posse mediata *Penhor mercantil.* 1. Conceito. 2. Penhor mercantil e posse *Pluralidade de penhores.* 1. Concorrência de direitos de penhor. 2. Penhores do mesmo dia. 3. Modificação de grau do direito de penhor. 4. Registro e concorrência de direitos e de penhor CAPITULO IV

CONTEÚDO DO DIREITO DE PENHOR

§ 2.577. *Direito de penhor sobre bens corpóreos.* 1. Precisões conceptuais. 2. Determinação do objeto empenhado. 3. Penhor e crédito garantido não vencido. 4. Vencimento do penhor sobre créditos. 5. Danos causados pelo objeto. 6. Reembolso de despesas. 7. Pretensões e ações ligadas ao direito real de garantia

§ 2.578. *Penhores de créditos mutilados ou com encobrimento de eficácia.* 1. Créditos mutilados e eficácias encobertas. 2. Transformação do penhor

§ 2.579. *Deveres do titular do direito de penhor.* 1. Deveres do titular, em geral. 2. Dispositividade do art. 774, 1, do Código Civil. 3. Responsabilidade segundo o Código Civil, art. 774, 1. 4. Dever de entrega. 5. Venda do bem empenhado, solução da divida e saldo. 6. Ressarcimento da perda ou deterioração de que foi culpado o titular do direito de penhor

§ 2.580. *Penhores com constituto possessório.* 1. Espécies excepcionais. 2. Direitos e deveres do titular do direito de penhor sem posse imediata

§ 2.581. *Penhores sobre créditos.* 1. Conteúdo do direito de penhor sobre créditos. 2. Documentos e provas. 3.

Remição.

CAPITULO V

PENHOR SOBRE BENS CORPÓREOS

§ 2.582.

§ 2.583.

§ 2.584.

(Continua no tomo XXI)

Bens corpóreos em geral. 1. Regras jurídicas comuns. 2.Tradição efetiva *Títulos ao portador.* 1. Transmissão e empenhamento. 2.Incidência do art. 792 do Código Civil *Títulos ordem.* 1. Transferência e empenho. 2.

Incidência do art. 792 do Código Civil

CAPITULO VI

PENHOR SOBRE BENS INCORPÓREOS

 2.585. *Bens incorpóreos em geral.* 1. Principio da empenhabilidade do alienável. 2. Origem do penhor de direitos. 3. Estrutura jurídica comum

§ 2.586. *Penhor de direitos incorpóreos dominicais.* 1. Distinção prévia. 2. Direitos reais limitados

§2.587. *Penhor de direitos pessoais.* 1. Objeto do penhor de direitos. 2.

Penhor e direito empenhado. 3. Penhor de direito

§ 2.588. *Títulos cominativos não-endossáveis.* 1 Princípio geral.2.UPiguus debiti"

§ 2.589. *Títulos e documentos.* 1. Documentos. 2. Concurso de credores. 3. Títulos

§ 2.590. *Caução de títulos de crédito.* 1. Conceito. 2. Títulos de crédito. 3. Perfeição da caução de títulos de créditos.4.Posse e títulos nominativos. 5. Crédito garantido por hipoteca e penhor Parte IX. Direitos reais de garantia

CAPITULO 1

GENERALIDADES

§ 2.413. Conceito de direito real de garantia

1.DIREITOS RIAIS LIMITADOS E DIREITOS REAIS DE GARANTIA. Para se chegar ao conceito hodierno, consistente, de direito real de garantia, por longa evolução passou o direito acidental. É de supor-se que, nas origens, tenha havido a trans- *miado* da propriedade em segurança, ou para efeito de garantia. Para se haver o verdadeiro direito real de garantia foi preciso que se conseguisse a realidade da direito, sem se transmitir a propriedade do bem. Algo se passou como se a garantia pessoal se tornasse *erga omites* e se "despessoalizasse" mediante a concontração num dos bens do devedor. A garantia real sem transmissão, pela gravação de bem ou de bens, é que faz nascer o direito real de garantia, espécie de direito real limitado.

O credor fica assegurado, ou por ser-lhe atribuída, em caso de inadimplemento, o poder de dispor da coisa, ou por si, ou através do Estada, ou por ser-lhe facultado perceber os produtos, até satisfação do crédito.

O bem, desde o gravame, está sujeito ao crédito, com eficácia *real.* Posto que, no direito contemporâneo, possa o credor satisfazer-se de seu crédito, através do Estado, que monopolizou £ tutela jurídica, em princípio, com *quaisquer* bens do devedor, incluída a coisa gravada, sem o gravame não haveria possibilidade de ir contra a coisa, desde que *já* tivesse saldo da patrimônão do devedor. Com o gravame,

obstini se de quem seja, tempo da execução, ou da medida cautelar (Código de Pra cena Civil, arte. 675, XI, e 676, 1-111), o dono do bem. A gravação marca, juridicamente, a coisa, enquanto perdura o direito real de garantia, ainda que tenha ido a outra patrimônão, ou se tenha constituído sobre ela algum direito real limitado, ou sobre ela haja incidido medida constritiva.

2."FIDUCUZ CUM CREDITORE CONTRACTA". O direito romano empregava a *fiducuz cum creditore contracta,* de direito civil, que era alienação assecuratória. Veio da época republicana e perdurou até cair em desuso, na época da legislação de Justiniano. A ação para restituição era pessoal *(adio fiduciae)* e a condenaçio era com Labéu de infâmia (GAIO, IV, 182). A alienação fiduciária fazia-se por *mancipatio* ou *in jure cessio.*

O direito a ficar com a coisa cuja propriedade se transferira só de pacto de comisso poderia resultar *(lez commissoria),* por ter o credor > então, com que repelir a *acUo fiduoiae.*

Outro pacto que se empregava para se obviar aos inconvenientes de, não paga a dívida, deixar de operar a satisfação, era o *pactum de vendendo,* que dava o direita, em caso de inadimplemento, de o credor vender a coisa em penhor para cobrar com a preço o crédito. No fim da época clássica, tal pacto se entendia tacitamente inserto na alienação fiduciária e PAULO *(Sententiae,* II, 13, 6) atesta que, na época pós-clássica (havemos de entender), o credor podia vender, sem nascer de tal convenção contra o pacto implicito *adio fiduciae:* "Si inter creditarem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore, creditar denuntiare et soilemniter potest et distrahere; nec enim *ex* tail conventione 1 iduciae actio nasci potest".

Devido a ser dono da coisa cuja propriedade fora transferida em fidúcia, podia o credor vender, mas corria o risco de, cancelada a divida, ser condenado na *adio fiduoiae.* De qualquer modo, tinha de restituir o *super! luum.* Na época clássica, percebe-se a ligação do pignus à transmissio fiduciária, provavelmente com a aparição, bruxuleante, da responsabilidade real, para ambos. A princípio, nem se devolvia o excesso *(superfluum),* nem, se o valor não dava para a solução da divida, se tinha ação do credor para haver a restante *(reliquum).* Depois de se ter o *pactztm de vendendo,* veio o emprego de cláusula de cobrança do resto para a solução da dívida (O. B.

BRUNS, *Fontes iuris* romani *antiqui,* 1, 24 s.; POMPÔNÃO, em PAULO,

L. 9, § 1, D., *de distractione pignorum et h'ypotheea* ws, 20, CÉVOLA, L. 63, D., *de fideizcssoribus* a *mandatoriSitia,* 40, 1). o *pactum de vendendo* ou *de distrahendo só* se fez tácito época imperial. Não o havia no tempo de GAIO (2, 64). ftrs se deeldir em meio às discussões, pesa assaz a L. 7, C., *de <Matractione pignorum.* 8, 27: "Si cessante solutione creditar uon reluctante lege contractus ea quae pignori siM nexa erant diatraxit, revacari venditionem iniquum est, cum, si quid iii ea□ro fraudulenter fecerit, nan emptor a te, sed creditar convetendias sit". Se, cessando a soluçAo, o credor vendeu, não se opondo *a* lei do contrato, as coisas que lhe haviam sido empeabadas, é iníquo que se revogue a venda, parque, se algo se fez, no assunto, com fraude, não há de ser por ti demandado o comprador, mas o credor (ano 288). Vez aparece nas fontes (L. 20, D., qui *potiores in pignore vel* Tem-se chamado ao supérfluo *hyperocha,* o que uma só *hgpotkeca habeantur et de)4s qui úv priorum creditorum locura awcedunt,* 20, 4), talvez com interpolação (cf. GERHARD BESEia, *Reitreige zur Kritik der rtimieoken RechtsqueUeit,* IV, 138).

3.PRINCÍPIO DO DIREITO REAL LIMITADO ("PIGNUS"). O princípios que se foram elaborando, no direito romano, a <prop6sito de direitos reais de garantia, apresentavam-se quase sem variação quanto a bens móveis e quanto a bens imóveis. (8) O *pignus* era direito com posse, de modo que o credor ficava com a poder fático sobre a coisa, *de direito,* até que se fltinguisse a dívida. Para que, não paga a dívida, o credor Pudésse ter a coisa, como sua, satisfazendo-se de seu crédito, Pestilava-se isso *(ler commissoria,* pacto comissário). Era o COtiaso, efeito de pacto assaz empregado no direito grego, e certamente antigo, anterior *à* concepção dos direitos reais de garantia.

Na época em que só se utilizava, como garantia a transmissão da propriedade, já ele exercia a função satisfativa.

Na franarmissão da propriedade em segurança havia confiança do transmitente, *liducia:* o *pactum fiduciae* impedia que o adquilente alienasse ou destruísse o bem dado em garantia, domini~8Imente. Não podia pagar-se, vendendo o bem empenhado.

O Pacto de comissão é que podia permitir-lhe ficar com o bem.

Quando se introduziu no sistema jurídico o direito de venda da coisa empenhada, ressaltaram os inconvenientes do pacto comissário, um dos quais é o de poder o valor do bem gravado ser superior ao da divida. Foi por isso que Constantino (L. 3, C., *de pactia pignorum et de cominiasorUL lege in pigitoribus rescindenda,* 8, 84, o proibiu, por sua

asperidade <*asperitas),* quer no tocante aos casos passados, quer quanto aos futuros.

O penhor transferia apenas a posse, no que se diferenciava da *fiducia cutn creditore,* até que se solvesse a divida.

Os pactos de comisso e de venda ou distracção melhoraram a situação do credor. Com a posse, tinha o credor a tutela interdital. Só mais tarde se concebeu a *actio (qi4qai) Servia,na,* ação real, com que se fez a evolução para a construção do penhor como direito real limitado.

Outro passo adiante foi o direito de vender a coisa empenhada, ainda Bem pacto expresso < = reconhecimento de existir pacto tacito), e depois como efeito próprio do negócio jurídico de constituição do *pignus.* O que era efeito de pacto, com o tempo, se tomou efeito de pacto implícito; finalmente, deito da própria estrutura jurídica do penhor. Não é verdade que se trate de criação justinianéia.

Se era cancelada a divida, nascia ao devedor a *acuo pigneraticia* para obter a restituição da coisa empenhada, se a solução não foi em virtude de comisso ou de vendi pelo credor. Nesse caso, ao devedor só assistia a ação para haver o supérfluo. Esse excesso podia, por pacto, ser imputado pelo credor à solução de outras dividas do mesmo devedor a ele (cf. L. MrrTEIS, *qrundzilge snd Chrestornfltkie <ter PapiruaktLflde,* II, 154; E. WEISS, *Pfandrechtlithe Unterauchufliles,* 1, 52 s.; L.RAAPE, *Der Verfail da griechi#t'heit Pf andes, besondera da griechisch~ãQYPtUCh~L,* 85 s.). O imperador Gordíano III dai partiu para criar *ercceptio doU,* oponivel pelo credor, se ainda era credor por outras causas, não incluídas na garantia (L. 1, § 2, C., *etiam ob chirographaflhlm pecuniam pignus teneri,* 3, 26). Note-se que só se deu *exceptio doU,* sem se tornar tácito o *pacto de aplica çdo do excesso,* ou *de dilata ação do conteúdo do penhor.*

(b)Produzindo a coisa empenhada frutos, podia-se pactuar que, em lugar dos juros, os percebesse: era o pacto de anticrese, penhor com uso. No direito clássico, ainda sem pacto expresso, tinha o credor de aplicar o valor dos frutos pagamento dos juros e, depois, em solução do crédito. Se algo sobrava, havia de prestar ao devedor o excesso (MARCIANO, L. 11. § 1, D., *si pignoribua et hypothecis et quatiter gugusraharttur et de pactis eorum,* 20, 1; A. MANIGK, Antiebretieche ~rundsttickshaftung im grãko-àgyptischen Recht, *pesigabe fiir* KÂ1IL

GÚTEEBOCK, 284 s., e *Glaubigerbefriedigung dmrck Nutzung,* 45 s.>.

Nos documentos papirológicos, o direito que se revela é

profundamente influenciado pelo direito grego. Já no direito grego~egípcio, o credor, se não se adimplia a divida, adquiria a propriedade, sem que o devedor tivesse qualquer objeção a asso. No lugar do pagamento, que se não fez, ficava o bem gravado, sem que importasse tratar-se de coisas consignáveis mi de imóveis. O credor conservava o direito de execução sobre os outros bens do devedor. Às vezes aparecem confusões com a alienação fiduciária (cf. L. MrrTEIs, *Griechieche Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig,* 1 5.; M. BRY, *Essai sur la Veste datas les papyr'us gréco-egyptieits,* 808 s.).

Podia pactuar-se, expressamente, a credibilidade do poder de usar, independentemente da cessão do crédito.

c) A *hipóteca* era inconfundível com o *pignus,* porque o credor não recebia a posse. Deu se lhe tal nome nas fontes justinianéias, mas impepriamente se queremos remontar ao direito grego pois o credor hipotecário do direito grego ia vOzes tinha a posse (E. Wmss, *Pfandrechttiche Unteraiwkungen, 1,* 1 s.). Aliás, o termo foi interpolação, pelo menos algumas vezes. provável que a hipoteca tenha começado com a constituição de garantia do aluguer dos prédios rústicos pelo locatário com os *invecta* e *«lata,* instrumentos e utensílios, que levou ao lugar. Não se poderia, no sistema jurídico romano, empregar, com eficiência, o *pignus.* Dai ter o Pretor concedido o *interdictum Salviarw* e a *actio Serviana,* para que o credor tifo pago pudesse haver a posse das coisas empenhadas que permaneciam com o locatário.

O *interdictuita Salvianum* não podia ir contra terceiros, O que a assimilação à *actio Serviana* apagou. A *actio (quati) ServlsLltft* foi sendo exercida em casos de hipoteca, que não eram de prédios rústicos. t então a *aetiÃ) pigneratit~?L in rem* ou *actio hvpothecafld,* ação real, a despeito do que alguns juristas italianos procuram demonstrar em contrário *(e. g.,* E. ALBERTARIO, In tema di Classificaziofle deile Azioni, *Rivista di Diritto processlwle civile,* V, 190 s.). Nota se lhe assimilação à *rei virtdicatio,* razão por que, a despeito de provir do direito pretório. por vezes se lhe chama *vindieti,tto pignoris (e.* g., CÉVOLA, L. 43, pr., D., *de piglterflsticfll acttOfle vel contra,* 13, 7; MARCIANO, L. 12, pr., D., *qui potioriBa tn pigreore vel hvpotheea habedfltur et de his qui in priorum credito»ntm locum succedltlLt,* 20, 4). A *actio Serviafla* tinha por fito a entrega da coisa hipotecada ao credor, quem quer que fôsse o possuidor (devedor, hipotecante ou terceiro, incluído o adquirente posterior; no direito justiniafleu, contra o próprio possuidor que dolosamente perdera a posse, dito depois *fictus possessor,* o que se evidencias gimilação à *rei vindicatio).*

(d)Havia também gravames *tácitos* e *legais* de garantia. Na época imperial, devido à extrema freqüência de constituições de penhores em certos contratos, foram considerados tàcitamente constituídos, na falta de pacto expresso *(pignus, quod tacite contrahitufl hypotheca, quae tacite costrahitur).* Assim, o locador de habitação; casa, ou outro prédio urbano, adquiria o penhor dos objetos introduzidos pelo inquilino no lugar alugado, em garantia do adimplemento das pretensões oriundas do contrato de locação (L. 4, pr., e L. 2, D., *is quibus atuais pignus vel hypotheca tacite contrahitur,* 20, 2). Tais objetos não podiam, sequer, ser removidos, por poder impedi-lo o locador. O locatário tinha o *interdictum de migrando,* para os retirar, satisfeitos os alugueres (cf. L. 1, pr., D., *de migrando, 48,* 82). Por imitação do direito grego (L. MrTTEIS, *Rt$misches .Pnvatrecht bis aul die Zeit Diok[etiaflt,* 1, 19 s.; WASZYNSKI, *Die Bodeatpacht,* 1, 144 s.), o locador tinha penhor tácito sobre os frutos colhidos pelo locatário (L. 7, D., *is quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur,* 20, 2).

Na época clássica encontram-se gravames legais. Segundo senatusconsulto do tempo de Marco Aurélio (PAPINIANO, L. 1, D., is *quibus* causis *pignus vel hvpotheca tacite eontrahitur,* gj, 2), tinha penhor legal quem emprestava dinheiro para construção de edifício. Ao tempo dos Severos, o Fisco era titular *ã* direito real de garantia sobre a totalidade dos bens do devedor, derivassem de impostos ou de negócios jurídicos os Mitos estatais (excetuados os créditos de caráter penal). *4>* que se encontra em CEVOLA <L. 21, § 1, D., *qui otiores úz* t *pfrnsore rel hypotheca habeantur et de his qui is priorum crediaw,sm locum succedunt,* 20, 4>, ainda é só o *privilégio.* Não há dados para se saber se do privilégio se passou ao grava *,* ou se surgiram quase ao mesmo tempo.

Â hipoteca legal, que somente fora a favor do Fisco, na oca pós-clássica concebeu-se a favor de menores e incapazes, sobre o patrimônão do tutor ou do curador (L. 20, C., *de adini tgMnUone tutorum et curatorum et de pecunia pupiliari >u.nuda vel deponenda,* 5, 87>. No tempo de Justiniano, a mulher teve hipoteca legal, em garantia do dote, sobre o patrimônão do marido (L. 1, *b,* C., *de rei uxoriae actioite is e:gIatu actionem trartal usa et de natura dotibus pruestita,* 5, 18), e o legatírio, sobre o bem gravado com o legado ou sobre quaisquer bens recebidos da herança (L~ 1, C., *comisunia* E. *kuala et fideicommiesis et de is reis missione tollen£* 2.414.

Distinção entre bens móveis e bens Imóveis

1.PENHOR E HIPOTECA. O penhor romano era direito real com a

posse do bem móvel ou imóvel; a hipoteca, direito nu! sobre bem móvel ou sobre imóvel, sem posse. Para poder alienar, o credor hipotecário tinha de obter a posse, e para isso era de empregar-se a *actio hypothecaria* ou *(quasi)* . &flPfaua. A hipoteca podia ser sobre bens móveis e sobre bens hSnls, singulares, e sobre bens celetivos e patrimônãos.

O problema técnico que se apresentava aos sistemas jurídico posteriores era o de se proceder à distinção dos bens tributáveis e dos bens hipotecáveis. Havia inconvenientes no Pabar doa imóveis e na hipoteca doe móveis.

Também os povos germânicos haviam tido o gravame real posse, podendo o credor, em se tratando de imóvel, usufruir, em lugar dos juros do capital, ou para amortização do Caultal *(Totsatzung)*. Também não havia, originariamente,

§ 2.414. BENS MÓVEIS E BENS IMÓVEIS

o comisso automático só o pacto expresso o criava. Com o pacto comissóro, o credor podia vender e pagar-se (HANS PLANITZ, *Die im. deutschelt rnitteltlterliche-n Recht,* 1, 642 s. e 661 s.).

Na Idade Média, o penhor com posse foi a estruturação preferida para os bens móveis: a *Ge'were* fazia conhecida de todos a posse pelo credor e, pois, o empenhamento. Assim se atendia a exigência da publicidade, porque, à diferença do que ocorria no direito romano, o *principio da publicidade* preponderava no direito germânico.

Quanto aos bens imóveis, desde o século XIII, não se admitia gravação sem posse e sem publicidade. A *Satzuitg* dita nova (neuere Satzung) só se estabelecia com selenidades públicas perante o tribunal ou conselho. À criação dos registros, a publicidade fez-se *registrado*

O que se passou quanto à distinção e à exigência do registro foi de fonte germânica.

A própria *anticrese* (direito real de garantia, com posse, sobre imóvel), eliminada pelo Código Civil alemão, persistiu no direito brasileiro, com laivos de direito germânico.

2.LINHAS DISCRIMINATIVAS. Embora se enuncie que a hipoteca só se aplique a bens imóveis e o penhor só a bens móveis, o sistema jurídico

brasileiro teve de acolher a hipoteca de navios (Código Civil, arts. 810, VII, e 825; Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922; Decreto n. 15.809, de 11 de novembro de 1922) e de aeronaves (Decreto-lei E. 483, de 8 de junho de 1938, arte. 187-146), e admitir penhores sem posse.

3.TRÊS ESPÉCIES DE DIREITOS REAIS DE GARANTIA. No direito brasileiro, há três direitos reais de garantia: o penhor, com as suas diversas espécies, a hipoteca e a anticrese, a que correspondem regras jurídicas comuns e peculiares. Os arts. 755-767 do Código Civil contêm regras jurídicas comuns. Ao titular do direito de penhor ou de hipoteca toca a pretensão à execução do *objeto* para se pagar do crédito que tem, pretensão que exerce perante o juiz, devido ao monopólio estatal da justiça. Ao titular do direito anticrético, não. Tem esse, a mais, a retenção da coisa, como possuidor imediato, até que se pague do crédito (arts. 760 e 805). A expressão

"direitos pignoráticios", com que ainda hoje alguns se referem aos três direitos reais de garantia já é obseleta, por se tratar de conceito de "pignus", no antigo direito romano (cf. L. 5, § 1, D., *de pignoribus et kypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum,* 20, 1). Deve-se evitar. Em ciência, toda a precisão é de exigir-se.

É comum aos direitos reais de garantia assegurarem o adimplemento da dívida, posto que outros negócios jurídicos possam levar ao mesmo resultado, inclusive os negócios jurídico e fiduciários e a entrega da posse imediata com a cláusula de se não pedir antes de se satisfazer o possuidor com os frutos ou o uso, ou o uso e os frutos do objeto. Direitos pessoais podem ser tal objeto e têm-se visto os negócios jurídicos assegurado.. res de créditos pela posse de títulos ao portador que permitem sentença de maioria nas sociedades por ações. Empregar a expressão "direitos pignoraticios" nesse sentido larguíssimo (direito com que se assegura adimplemento de divida > de ainda maiores inconvenientes seria. Melhor é que se diga "direitos assecuratórios", compreendendo-se neles os chamados direitos de cobertura, que se irradiam de negócios (jurídicos) de cobertura *(Declcungsgeacketf te)*.

Assim, devemos precisar que, no sistema jurídico brasileiro, direitos pignoraticios são os direitos de penhor, incluída a caução de títulos, direitos hipotecários são os que se irradiam de hipoteca, e direitos anticréticos, os que emanam de anticrese. O que os distingue dos outros direitos mis é que supdem < = é elemento necessário deles) a existência de crédito, que „eles garantam. Dai o exsurgimento deles, a

transmissão ativa e a extinção deles dependerem do existir, transmitir-se ou extinguir-se o crédito garantido. Isso não importa em dizer-se que se não pode dar penhor em segurança de crédito futuro, nem que se não pode hipotecar para assegurar-se crédito futuro, nem que não possa haver anticrese que se refira a crédito futuro. Todos eles são exauriveis, se solve o crédito, à diferença dos outros direitos reais que são duradouros ou com extinção prevista, O que se enuncia é, tão-só, a necessidade de que o direito dependa da existência. No direito brasileiro, a anticrese não é simples pacto adjecto ao penhor ou à hipoteca, no que se afastou do direito romano. É direito real distinto da hipoteca e somente recai sobre bens imóveis (diferente, o direito alemão, § 1.218, alínea 1.8).

Lê-se no Código Civil, art. 755: "Nas dividas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação". Com essa regra jurídica, a lei apenas afirmou o vínculo real, a existência de direito real (limitado) de garantia. *a)* Fica fora do que ai se define a transmissão fiduciária da propriedade, tanto na categoria romana da *fidn ± cia cum creditore* quanto na categoria germânica da transmissão sob condição" resolutiva, de que temos sobrevivência no art. 647 do Código Civil. Na *fiducia cura creditore,* a transmissão era de propriedade sem condição resolutiva, apenas com o dever, para o credor adquirente, de transmitir, de volta, o bem que adquire, se solve a dívida (tr extinta a dívida, exsurge o *dever* de retransmitir); na garantia real, germânica, da transmissão da propriedade, essa se aliena condicionalmente, de jeito que, ao ampliar se a condição (solução da divida), ao alienante reverte, automaticamente, a propriedade (II. BEUNNER, *Forschuflgefl zur Geschichte des deutschen und franzãsi$chelL*

Rechtes, 620 s.; O. vON GIERKE, *Schuld und Haftung,* 26 s.). *b)* A caução de títulos e de créditos fica no âmbito do ad. 755.

4. TIPO ÚNICO. O direito alemão, a respeito de hipoteca, como que espectrou o instituto em quatro tipos: hipoteca de segurança, hipoteca de tráfico, divida imobiliária e dívida de renda <SicherungshypOthek, VerkehrshYpothek, Grundschuld, Retenschuld). Um pouco demais. O direito brasileiro apenas adotou um tipo, que é a forma brasileira da *Verkehrshijpothek.* Meio-termo, em que se acentua a abstração do acordo de constituição e se atenua a chamada a sessoridade da hipoteca. A divida de renda, ainda na Alemanha, é instituição morta. A renda sobre imóvel passou-lhe à frente e razão teve o legislador brasileiro para as soluções que deu, mantendo a hipoteca e as letras hipotecárias e regulando, sem qualquer laivo de garantia, a renda

sobre imóvel. A divida imobiliária foi regulada no Código Civil alemão, §§ 1.191-1.198, e no Código Civil suíço, arts. 847-874.s

§ 2.415. Exigência da publicidade

1. DIREITO ROMANO. O ponto fraco, mais grave, do direito romano, a propósito de direitos reais (limitados) de garantia, era a falta de *publicidade.* Negócios jurídicos de pouca repercussão social e, até, clandestinos, geravam garantia real, com eficácia, portanto, *erga omites.* Só a partir do ano 469, com a L. 11, C., *qui potiores ia pigreore habeardur,* 8, 17, se exigiu o instrumento público ou o instrumento particular, com três testemunhas, ao penhor *(pignus publicum),* para se lhe dar preferência.

A publicidade era pressuposto necessário no direito germânico, mas para a técnica legislativa tinha-se de indagar se *a)* convinha exigir-se publicidade, se havia, na espécie, transmissão da posse imediata, ou se *b)* a publicidade da posse era bastante. A concepção da *Gewere* favorecia *b)* . Teremos ensejo de ver a influência que isso tem em direito brasileiro.

2.DIREITO GERMÂNICO E MEDIEVAL. O direito germânico submetia-se ao *principio da publicidade* e ao *principio da especialidade* (o direito real de garantia somente pode recair em coisas singulares, e não em patrimônão). Mas no direito medieval admitiu-se a *Satzung* de patrimônão, o que concorreu para se receber a *hipoteca geral* do direito romano.

A diferenciação, a que antes aludimos, em direitos reais de garantia sobre bens móveis e direitos reais de garantia sobre imóveis operou-se, com evidentes vantagens práticas. Porém, conforme já dissemos, sem linhas intransponíveis.

§ 2.416. Princípio da especialidade

1.INESPECIALIDADE E ESPECIALIDADE. Os direitos reais limitados de garantia, que são aqueles de que havemos de tratar neste Tomo XX, nasceram, conforme dissemos, de duas noções que se encontraram, a de garantia geral, que o patrimônão do devedor oferecia, sem que se pudesse vedar a disposição dos elementos que o compõem, ou, sequer, se pudesse impor a pré-exclusão da eficácia das alienações, e a de ser

necessário, no tráfico, que se destinasse algum bem à solução das dívidas. O direito romano viu a vinculabilidade dos elementos e do patrimônão; o direito germânico atendeu a que a eficácia real havia de ser de determinadas coisas, para se evitar a generalidade do gravame, empecente da atividade econômica do devedor. Esse *principio* de especialidade foi posto em luta com o direito romano, mas prevaleceu.

2.DIREITO BRASILEIRO. No sistema jurídico brasileiro, o principio da especialidade prevalece: o penhor é de coisa singular (Código Civil, art. 768), o penhor legal é sobre bens que se determinam por sua estada (art. 776); idem, o penhor agrícola (art. 781), em que se exige a designação precisa, inclusive dos animais (art. 784), e a caução de títulos; a hipoteca, como a anticrese (art. 805), recai sobre prédio, estrada de feno, minas e pedreiras, ou navios, ou aeronaves.

CAPITULO II

§ 2.417. Conceito e conseqüências do conceito

1.DIREITO REAL LIMITADO. Os direitos reais de garantia são, como a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso e a habitação, direitos *restrita gentes* do conteúdo do domínio, não direitos limitativos: o conteúdo não diminui, restringe-se quanto ao exercício do domínio ou do direito enfitêutico, que também pode ser gravado.

Foram postas de lado, definitivamente, “Mas as teorias que viam no direito real de garantia: *a) ext eta~iSo* do direito de crédito e, pois, direito de crédito com eficácia real, afirmação que se apoiava em terminologia ambígua das fonte romanas, como “res pignori nexa”, “obstricta”, “obnozit, “pignus contrahitur”, “liberare”, “luere”,

“solvere”, si. L. 5, § 2, e L. 11, D., *quibus modis pignus vel hypothecõ nfritur,* 20, 6 (cf. C. BtYCHEL, *Civilrechtliche Erârterungeta,* 1, 5, 2. ed., 148 5.; cp. B. WIND5CHEID, *Lehrbuch,* , *9.* ed., 1128); ou direito de crédito de que seja sujeito passivo cada proprietário (ou enfiteuta) *pro tempore* (C. F. F. SINTENIS, *Pfarndreehtliche Streitfragen,* 1, 5); ou *obligatio rei* (A. BRINZ, *Lskrbuck der Pandelcten,* 1. ed., 5 82).

O direito real de garantia, trate-se de penhor, de hipoteca ou de anticrese, é direito real limitado. O fim, a que se destina, *não* lhe muda a estrutura jurídica. Ou restringe o uso ou a fruição, ou a renda; ou tira direito à realização do valor do bem, Pala satisfazer crédito de alguém: não é preciso que a relação Jurídica real seja entre todos e o

devedor; pode ser sujeito passivo, tio momento, quem nada deve. Sujeitos passivos, em verdade. são todos; sujeito ativo quem quer que seja titular do crédito. Não há aquela independência em relação a crédito, que há na renda sobre imóvel. A pretensão do credor pignoratício, anti-crético ou hipotecário se dirige contra todos, pois o titular dela pode buscar, por ato próprio (exercendo pretensão *à* tutela jurídica, ou imediatamente, nas espécies do ad. *774,* III: "por venda amigável, se lha permitir expressamente o contrato, ou lha autorizar o devedor, mediante procuração especial"), a quantia que baste à satisfação do crédito.

Por isso, é indiferente que o bem tenha, na ocasião, dono ou seja *nulliws.*

Quando o credor, com direito real de garantia, vende o bem empenhado (Código Civil, ad. 774, III), ou exerce a pretensão à tutela jurídica e pede a execução pignoráticia ou hipotecária, quem presta não é o devedor, que talvez nada tenha, ou já não exista, é o próprio titular do direito real de garantia, ou o Estado, cumprindo a promessa, cujo adimplemento se reclamou, de tutelar os direitos, pretensões e ações (cf. J. 1 < 011-LER, *Pfaiulrethtliohe Forschungen,* 59 s.; H. C. HíRscH, *Die t?bertragung der Rechtsausitbung,* 1, 834 s.; JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozesa ais Rechtslage,* 828, nota 1669). Isso não quer dizer que haja a pretensão à tutela jurídica e não haja a pretensão de direito material, que, por ser real, se dirige contra todos e, na espécie, contra quem sej a dono ou possuIdor do bem na ocasiib. Nesse ponto, não tem razão MARTIN WOLFF, nem JATOS GOLDSCHMIDT, como não têm razão os que vêem na execução pignoraticia ou hipotecária solução pelo dono ou possuidor do prédio. Em parte, mas só em parte, teve razão EUOEN FUCHS (Die Konstruktion der Hypothek, *Leipziger Zeitschrift,* 20, 841 s.) nas objeções que fez a MnTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 27.842.8 ed., 462). Os que negam a natureza *real* da hipoteca,esses, com todos os seus argumentos, nada lograram *(e.* g., R. SOEM, Der Begriff des Forderungsrechts, *Griinhuts Zeitsckrift,* IV, 18 5.; J. BINDER, Zur Lehre von Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbiicher,* 77, 18 s.).

Quando se diz que o dono do bem gravado *tem* de pagar aquilo a que, em virtude do crédito garantido, tem pretensão o titular do direito real de garantia, cai-se em confusão grave.

O dever real de quem seja dono (e pode não o haver) é o dever de todos: consiste em suportar que o titular do direito real de garantia extraia do valor, se alguém não lhe paga, o que satisfaça o seu direito a certa quantia. O

dever de todos é como o dever de todos no caso do domínio e dos direitos reais limitados que não são de garantia.

O dono do bem, no momento, ou o possuidor, apenas está na posição de quem recebe de frente a avançada da pretensão real sobre o bem. Essa é a razão por que se há de chamar a juízo, na ação executiva, ou para a entrega do excesso em valor, solvida a dívida do gravame. A execução forçada é aí o processo para a extração do valor.

A teoria da *Sckuld* e *Hattung* tentou a explicação mediante as noções do dever prestar e da sujeição: o proprietário atual deve; mas só a coisa responde (O. VON GIERRE, *Deutaches Privatrecht,* II, 858 s.; *Schuld und Haftung,* 108;

E.HfJBNEE, *Grundzuge eles deutscken Privatrechts,* 4~8 ed., 383; FElIZ SCIWLZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *ArcMv flir die rdviisti.scke Prazis,* 105, 240 s.; E. VON SOE WIND, Schuld und Haftung im geltenden Recht, *Jherings Jakridlcher,* 08,34 s., 50 e 84s.; 3. VON GIERKE, *Grundt'iss eles Sachenreehts,* 115).

A confusão é devida à concepção mesma do direito real limitado quando se atende, de mais, à presença de alguém, que é dono atual do bem. A dívida não é real porque tenha de haver quem deva, a cada momento, nem porque a coisa responda; a dívida é real porque *todos* devem, no sentido de posição correlata à do titular, uma vez que o direito é *real.* Ora, o dono ou o enfiteuta pode pagar; não é obrigado a isso. Obrigados são todos, mas a suportarem.que alguém extraia o valor. Quando o dono ou o enfiteuta paga, não cumpre obrigação; apenas, uma vez que o direito é real e todos são sujeitos passivos, *evita* (o que pode interessar-lhe) que se exerça contra a coisa o direito que advém da hipoteca. Quem, dono ou enfiteuta, deixa de pagar o importe da hipoteca porque não lhe Convém, não infringe dever de prestar. Dá-se o mesmo com

O possuidor não-dono nem enfiteuta. Se alguém, e. *g.,* o devedor Da relação jurídica de direito das obrigações, cujo crédito se garantiu, solve a dívida, o dono ou enfiteuta, que não hipotecara, po<je repetir o que, ignorando a volução anterior, solveu. Não pode ir com a *coiadictio* se pagou e o bem sOmente vale z e a hipoteca sobe a z + 1.

A teoria da obrigação de cada proprietário (ou enfiteuta) do bem gravado, vinda de V. VON MEIBOM *(Das Mecklen* 1w *lntrgiseke Hypothekenrecht,* 35 5.), não via que a obrigação real não é a obrigação de cada pessoa que seja ou venha a ser proprietário (ou

enfiteuta>, mas a de todos, incluído, portanto, o proprietário (ou enfiteuta) atual.

A teoria da *Sehuld* e *Haftung* debulhava a relação jurídica, de modo que, em vez de ver a relação jurídica *real* da hipoteca, se percebiam a relação jurídica *pessoal* entre credor e devedor, a relação jurídica real em que é titular o credor e a relação jurídica da *Haftung.*

Pensar-se em obrigação *pra pter rem* seria erro: nem o alienante deixa de ser obrigado, pessoalmente, se o era, nem o adquirente passa a ser o obrigado. Se houver assunção da dívida pelo adquirente, nada tem isso com o direito real de garantia.

Em relação à enfiteuse, ao usufruto, ao uso ou à habitação, os direitos reais de garantia são sobre o valor, o que os distingue daqueles. A *restrição,* que se opera, é só nesse setor. O dono ou enfiteuta continua com o poder de disposição, mas o valor está gravado, o que faz indiferente às alienações sucessivas o direito real de garantia. O

adquirente do direito real de garantia não se faz credor, não se submete ao regime jurídico dos credores, mas sim é outorgado do direito real, como o adquirente do domínio ou de quaisquer outros direitos reais.

O dono ou o enfiteuta ou o possuidor não é demandado na ação executiva porque *deva,* mas sim porque, sendo dono, enfiteuta ou possuidor do bem, a execução é sobre bem que lhe pertence, ou de que tem a enfiteuse ou a posse. t réu na execução, não na ação de condenação *por divide;* a ação de condenação contra Me 5 apenas ação de condenação a sofrer que se execute o bem. O que o demandado <executado) objeta ou excepciona tem por fito opor-se a que se execute, não a que se condene como devedor.

O direito real de garantia é direito sabre o bem, móvel ou imóvel, quanto ao *valor* dele. Nem se lhe retira *nbstantia,* nem *usus,* nem *tructus,* nem *habitatio.* Ainda quando se trata de anticrese, o fruto apenas solve. O

titular do direito real de garantia sofre as oscilações do valor, como o dono sofreria sozinho.

Todavia, o crédito, cuja solução se garante, não está na relação jurídica do direito real de garant ia (= a relação jurídica real de garantia não é crediticia). O direito real persiste enquanto persiste a divida *e depois,* enquanto não se cancela o registro, se o há.

Todo o mal está em que se vê demasiado o crédito a que o direito real de garantia *aerúiu.* A função não se inscreveu nele, não o marcou, tanto que pode não ter sido o devedor quem empenhou, hipotecou ou deu em anticrese, ou pode o devedor empenhante, ou hipotecante, ou anticretizante, ter alienado o bem gravado. A sua situação de devedor~e de dono ou enfiteuta, que constitui o direito real de garantia, é a mesma do terceiro que adquire o bem gravado, ou que tivesse empenhado, hipotecado ou anticretizado em garantia da divida de outrem.

Por isso mesmo é errôneo empregar-Se a propósito de direitos reais de garantia a terminologia peculiar ao direito das obrigações. O direito real de garantia, em sua estrutura, é direito real limitado sobre o valor do bem; a função de garantia é *externa,* porque alude ao negócio jurídico entre o titular do direito real limitado e *alguém.*

2. NATUREZA DA MORA DO DONO OU ENFITEUTA OU POSSUÍDOS. As teorias que fazem transparente a relação jurídica real, de modo que se possa ver o negócio jurídico de que resultou o crédito garantido, e aquelas que apontam o proprietário, o enfiteuta ou o possuidor como *devedor,* invocam o fato de incorrer em mora o proprietário, enfiteuta, ou possuidor citado, como argumento a favor do que sustentam *(e. g.,* O. VON Gan, *Deutsches Privatreckt,* 858; FElIZ ScHULz, System der Eechte auf den Eingriffserwerb, *Árchiv flir die civlliatúche Praxis,* 105, 228 s.). Não há propriamente mora: mora é do devedor, na relação jurídica pessoal. Os interesses que se tiram ao valor do bem gravado enquanto se procede à execução são o correspectivo dos proveitos que o dono, enfiteuta ou possuidor poderia tirar da coisa ou em substituição do que sofreu o titular do direito real de garantia por não ter recebido, pontualmente, o que *se* deveria prestar. (No Código Civil alemão,

§ 1.146, Prevê-se que se dêem, em relação ao dono do bem gravado, os Pressupostos que seriam suficientes para se constituir em mora algum devedor, e estabeleceu-se que, em tal caso. os juros da mora recaem no imóvel. Nota de que o legislador evitou 1 aia! em mora do dono; e então se compreende que alguns juristas invoquem o § 1.146

para fazer devedor das prestações pignoraticias ou das prestações pignoraticias hipotecárias o dono ou o enfiteute do bem gravado. O direito das obrigações ocasiões A carga nos juros 4, aí, indenizatórias porque fio houve solução da dívida, nem execução imediata, e. g., não há pretensão a se o bem havia sido desapropriado e, iniciada a execução, se levanta a indenização)

OBRIGAÇÕES E ASCEÇÕES DO PROPRIETÁRIO OU ENFITEUTA OU POSSUIDOR O demandado na ação executiva (Código de Processo Civil, art. 298, VIII e VI, 2.ê parte) pode alegar: a) *inexistência* ou *invalidação* ou *ineficácia* <*L* do titulo (ato constitutivo) ou da inscrição se é de mister no exercício *b)* que foi solvida a divida, caso em que a 2íegação 4 exceção se ainda não foi cancelado o gravame *c)* prescrição da ação real (Código Civil, art. 177, t.~ parte; Lei n. *2.437,* de „7 de marçO de 1955, art. 1Y).

A *ação revogativa falencialitil* (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53-55) pode sei propostA pelo titular do direito real de garantia (E. JAEOER, *Die Guttbigeranfethíu%u <naserha~t> da KonktLrS* es,i-O si.

OutrOSS1Ifl. a *ação de declaração de inefixdcfl* (Tornos 1, § 36, 7, IV, §§ 373, 1, 484, 2, 3. 489, 1, 2, 494-499, 504).

O titular do direito real de garantia é legitimado à ação de cobrança e à de execução real da hipoteca. ou do penhor. *antes de* vencido o p *razo,* se ocorre qualquer das circunstâncias do art. 954 do Código Civil: concurso de credOres <ad. 954, 1), penhora dos bens gravados (art. 954, II>, falta de reforçamento a que estava obrigado o devedor (art. 964. III). A ação é *ação de* condefltI00 *a pre8tdSO~(> futitra.*

O titular do direito real de garantia tem pretensão e ação contra quem quer que seja, inclusive O dono do bem gravado. o enfiteuta, ou o possuidor. para que *orMtCt* tudo que possa turbar o seu direito e o seu exercício. Dai resulta que os próprios direitos reais de garantia podem ser garantidos *pessos (e. g.,* liança) ou *realmente,* o Estado pode, por lei, ou por lei que o permita. ~fianç5r dividas hipotecárias~ pignoraticías e antícrétido LNa iniciação jurídica processual. é sujeito passivo o dono, .,glteuts ou possuidor do bem gravado. De dizer-Se que não 4 ele devedor ao titular do direito real de garantia não se há de tirar que não sujeito passivo na relação jurídica processual. Não se condena somente por se ser devedor em direito das O dono do bem gravado, o enfiteuta ou o possuidor é chamado ~ relação jurídica processual. que ~em ângulo, porque se tem de proceder à execução, para a qual se fazem mister a teleração e a cooperação do dono, ou enfiteuta, ou possuidor. *Não* é verdade que terceiro seja apenas o adquirente do bem. no”“ que o direito se dirija apenas contra o dono ou enfiteuta ou possuidor.

Alguns processualístas deixam de ver a ação executiva <de direito material), que, a respeito dos direitos reais de garantias, ainda é mais

intensa, pela natureza do próprio direito real sobre o valor, do que a respeito dos direitos pessoais toda obrigação tende à execução. Em atenção a determinados títulos extra procesuais de caráter pessoal ou real, o direito pré procesual "adianta" execução (= faz a execução vir antes da condenação e bastaria isso para afugentarmos qualquer teoria que só aponte a "ação" executiva. Não se pode eliminar a pretensão de direito material, que há por parte do titular do direito real de garantia; nem a pretensão à tutela jurídica e seu exercício; nem a pretensão processual. que se estabelece com esse exercício. O que há, a mais, na ação executiva pigflora tida, ou executiva hipotecária, é exatamente oriundo do direito material, razão por que, embora tratadas, processualmente. nos mesmos termos (Código de Processo Civil, arts. 298-301). as ações executivas são diferentes, se está em causa titulo quirografário, penhor, hipoteca letra hipotecária, ou conhecimentos de depósito ou *.warr<Lt&t5. A pe'ftIWr%* na primeira espécie, é algo novo; nas outras, algo que reafirma, o titular do direito real limitado poderia, antes da penhora. exercer *mandato.* As referidas teorias processualistas esquecem isso.

§ 2.418. Relação entre o direito real de garantia e o crédito

1.PRESSUPOSTOS DEDICação QUANTITATIVA. No acordo de constituição de penhor, hipoteca e anticiosso para que produza eficácia *flui* (constitua direito real de garantia) é preciso que se mencione o importe do que se *restringe* ao conteúdo do domínio ou da enfiteuse (Código Civil, art. 761, 1: "O total da divida, ou sua estimação"), o tempo em que esse quanto há de ser prestado (art. 761, II: "O prazo findo para o pagamento") e a taxa dos interesses, se os há (art. 761, III: "A taxa dos juros, se houver").

Lê-se no Código Civil, art. 761: "Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros: 1. O total da divida, ou sua estimação. II. O prazo fixado para pagamento. III. A taxa dos juros, se houver. IV. A coisa dada em garantia, com as suas especificações". O ad. 761 tem de ser lido como se dissesse: "Os acordos de constituição de penhor, anticrese e hipoteca têm de declarar, sob pena de serem ineficazes contra terceiros: 1. O total do que se há de prestar, ou sua estimação. II. O prazo findo para a satisfação. III. A taxa dos juros, se houver. IV. A coisa dada em garantia, com as suas especificações".

2.CRÉDITOS INEXISTENTES, CRÉDITOS MUTILADOS E PRETENSÕES

nzscltrrks. Se alguém, cientemente, constitui direito real de garantia a respeito de crédito que não existe, tem-se de indagar se o constituinte do direito real de garantia *quis assumir* divida, de modo que houve negócio jurídico, ainda que só implícito, de que se irradia pretensão a prestação em valor determinado, e se os pressupostos formais e de fundo foram satisfeitos.

Na L. 8, pr., D., *de aeceptilatione,* 46, 4, ULPLANO diz que se pergunta portanto, discutia-se se aceptilação intUil pode conter pacto útil: e contém pacto (respondeu ele), salvo se também sobre isso se entendeu o contrário (An inutilis acceptilatio utile habet pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum).

Dir-se-á: logo pode não haver consentimento, ~ por que não poderia? Suponhamos que o que deu como recebido, ciente e consciente de que nenhuma era a aceptilação, dera por acepto: quem duvida que não havia pacto, pois não havia o consentimento para pactuar? (dicit aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? hingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nuílius esse momenti acceptilationem sk accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi nonhabuerit?) O texto de ULPIANO deixa claro que se pode ter assumido a divida, ainda se não existia, e se pode não ter assumido, dependendo do que se *quis* (cf. C.

BIYCUEL, *Civilrechiliche Erõrterungen,* II, *1,* 121; E. WINDSCHEW, *Lehrbuch,* 1, 9. ed., 1129).

Se, havendo exceção, que tornava ineficaz o crédito, o acordo de constituição de garantia real faz supor-se que se renunciou a ela, tem-se de raciocinar da mesma maneira que a respeito da garantia real em caso de dívida inexistente, se o constituinte conhecia a ocorrência (cf. L. 22, C., *ad senatus consultum Velleianum,* 4, 29); porque assim o quis.

§ 2.419. Problema técnico da acessoriedade

1. CONCEITO DE ACESSÓRIO. Os direitos acessórios já foram tratados no Tomo V, § 575. Até onde vai a ligação de acessoriedade não se pode responder a *priori.* Há diferenças entre as relações de acessoriedade.

A hipoteca nada tem com a relação jurídica pessoal entre credor e devedor, salvo no que se refere a essa relação jurídica como irradiadora de pretensões e ações, que a hipoteca "garante"; porém garantia como *função* do direito real. Por isso mesmo, não importa se

muda o sujeito ativo do domínio ou da enfiteuse, ou, até, se o imóvel passa a ser *nuuius.* Atos do dono ou do enfiteuta, ou de outrem, que ofendam a hipoteca, são atacáveis pelo titular do direito hipotecário, sem que, na luta contra terceiros, precise ele de qualquer ingerência do dono ou do enfiteuta.

O que se tem por fito é, não sendo saldado o débito, poder-se extrair valor ao bem imóvel.

No penhor, a acessoriedade é mais viva.

Na estrutura jurídica, a hipoteca é independente; na sua função, acessória.

2. DIREITO BRASILEIRO. Não se pode dizer que se tenha a hipoteca, no direito brasileiro, livrado de toda acessoriedade. Não se fez, evidentemente, a dívida fundiária *(Grundschuld)* do direito alemão, nem se confunde com a renda sobre imóvel do direito brasileiro. Porém não é, de modo nenhum, a *hipoteca de segurança* do direito alemão *(Sicherungshypothek).* Os princípios que regem a transmissão do domínio incidem em matéria de hipoteca (Código Civil, arts. 856, IV, 530, 1, 857, 859 e 862), como se dá com os §§ 891-899 do Código Civil alemão no tocante à *hipoteca de tráfico* (dita *1/erkershypothek),* que é a espécie alemã que mais se parece com a hipoteca do sistema jurídico brasileiro (Código Civil, arts. 755-757, 809-855). O que pesou, para o legislador brasileiro, foi o fato de, se a hipoteca ficasse subordinada a todas as vicissitudes por que passasse o crédito, nenhum adquirente de hipoteca estaria seguro.

Forte atenuação à acessoriedade da hipoteca tem-se no art. 850 do Código Civil, que faz dependente da cancela a extinção da hipoteca, em sua eficácia contra terceiros, ainda em se tratando de desaparecimento da obrigação referida no ato constitutivo que se registrou.

O terceiro adquirente do bem gravado nada tem com a relação jurídica pessoal entre o devedor e o credor. Para ele, existe titular de direito real de garantia, que como titular de direito real limitado há de ser considerado tal e tratado por todos, inclusive o terceiro adquirente e o alienante. Bastaria isso para se ver que foi *acidental* a cumulação no alienante, se esse foi o constituinte do direito real, das figuras de dono (ou enfiteuta) e de devedor.

O adquirente pode ter adquirido todo o bem gravado ou somente parte, ou a propriedade resolúvel, ou ser fiduciário, ou

fideicomissário. A aquisição pode ter sido a titulo derivativo ou originário.

Se o direito real de garantia precisa, na espécie, de registro, a inscrição é que lhe dá inicio.

Os juristas que teimaram em frisar a acessoriedade da hipoteca, ao terem de explicar aqueles casos em que a hipoteca persiste tendo desaparecido o crédito, ou em que ela existe sem ter existido o crédito, recorreram à figura da dívida imobiliária *(Schuldgrufld),* em que a hipoteca se tornaria *(e. g.,* MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 498; GUSTAV BOEHMER, Trennung von Hypothek und Forderung, *Archiv flir Bilrgerliches Recht,* 37, 206; LEO

STERNBERG, fie Bedeutung des § 1138 BGB., *Jherings JahrbUcher,* 61, 407). O artifício ressalta. Sempre que há cessão do direito de crédito e transferência da hipoteca, mas crédito não existia, por não existir negócio jurídico que o produzisse, ou por ser nulo, para o terceiro existe a hipoteca e presume-se existir o crédito. Na ação real, o proprietário ou enfiteuta do bem gravado nada pode alegar, que afaste a hipoteca; o credor pessoal, sim.

A hipoteca que o Código Civil regulou de modo nenhum é a hipoteca de segurança. A segurança, que se lhe aponta, é função. O crédito, que se considera principal, não é mais do que crédito "referido". Alude-se, por definição, a um crédito; supõe-se crédito. Não é a *Sicherungshyrpothek* do direito alemão, nem a *Grundpfartdverschreibtnig* do direito suíço, nem a obseleta hipoteca do direito francês, estritamente acessória.

3. CRÉDITOS FUTUROS. No exagerar-se a acessoriedade do direito real de garantia, como se a função das categorias jurídicas lhes modelasse ou alterasse a estrutura, chegou-se, por vezes, a exigir que os créditos a serem garantidos já existissem ao tempo de ser constituído o direito real de garantia e ainda existissem para se poder falar de permanência de direito real de garantia. Não se poderia empenhar em garantia de crédito futuro, nem hipotecar; nem, *a fortiori,* dar em anticrese. O crédito sujeito a termo suspensivo, ou condição suspensiva, é crédito que tem a configuração que se explicou no Tomo V, § 545, onde mostramos que já há direito, o direito ao direito futuro, o direito expectativo. De modo que a garantia real é ao crédito já existente, porque garantir o direito expectativo é garantir o direito futuro, que se expecta. Na L. 89, D., *de verborum obtigationibus,* 45, 1, PAULO chamou à obrigação a termo *futura obligatio* (cf. L. 76, §

1), mas, ainda ai, não há ver-se exemplo nas fontes romanas que infirme a terminologia sempre respeitada em que se distinguem a *futura obligatio* e a *obligatio in diem* e *sub condicione* (L. 5, pr., D., *de pignoribus et* hypothecis *et qual iter ea contrake.Lntur et de partis eorum,* 20, 1>.

Na L. 5, pr., MARCIANO diz que se pode dar em hipoteca o bem por qualquer obrigação, quer se preste dinheiro em mútuo, ou em dote, ou se se compra ou vende, ou se loca, ou se constitui mandato, quer se a obrigação é pura ou a termo, ou sob condição, já se em contrato presente já se esse precedeu, mas também se pode dar por obrigação futura. Outrossim, se só se pagou parte, ou se a obrigação é civil, ou honorária, ou somente natural. O

texto é assaz significativo para que o deixe-mos de reproduzir: "Res hypothecae dari posse sciendum est pra quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali". Na L. 89, PAULO é explícito (e a interpolação, que há no texto, não lhe altera o pensamento>: se de um colono a quem havia dado, de arrendamento, um fundo, por um quinqüenão, houver estipulado, depois de três anos, assim: "prometes tudo que hás de dar ou fazer?", não se deduz na estipulação mais do que já se havia de dar: [porque na estipulação se deduz o que já se tinha de dar]; mas, se acrescentou "ou for de mister", também se deduz a obrigação futura (si autem adiciatur „oportebitve", etiam futura obligatio deducitur).

§ 2420. Capacidade do constituinte do direito real de garantia

1.PESSOAS INCAPAZES. Quem não pode alienar não pode hipotecar, porque a hipoteca pode levar à execução.

Passa-se o mesmo quanto ao penhor e à anticrese. Não pode alienar quem é absolutamente incapaz, ou, sem assistência do titular do pátrio poder, tutor ou curador, o relativamente incapaz. O cônjuge não pode hipotecar sem o assentimento do outro cônjuge, se particular o imóvel, ou sem o consentimento, se comum o imóvel. Para alienar a parte que tem, como bem particular, em algum imóvel, precisa de assentimento do outro cônjuge.

Diz o Código Civil, art. 756: “Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, antícrese, ou hipoteca”. Parágrafo único: “O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a titulo de proprietário”. O art. 155 é invocável.

2.PÔS-EFICACIZação. No art. 756, parágrafo único, do Código Civil está o *principio da pós-e ficacizaçdo.* A redação não foi feliz. Quando alguém hipoteca, dá em anticrese ou empenba, sem ser capaz, o acordo de constituição é nulo, ou anulável, pelo defeito de capacidade; se não tem poder de disposição (não-dono e não-enfiteuta) mas tem posse, o penhor é ineficaz, pós-eficacizando-se com a aquisição do poder de disposição. A hipoteca não dá posse.

A leitura do art. 756, parágrafo único, pode levar a pensar-se que se *limitou* o principio de pós-eficacização.

Seriam pressupostos ter o constituinte a posse do imóvel hipotecado ou anticretizado ou empenhado. Ora, esse outorgante, em se tratando de hipoteca ou de anticrese, há de constar do registro como dono ou como enfiteuta.

Seria inconveniente exigir-lhe posse para poder hipotecar ou gravar de anticrese o imóvel. A referência à posse tem pertinência quanto ao penhor, porque, quanto a ele, a posse é o meio de publicidade.

§ 2.421. Compropriedade, co-enfiteuse e gravação

1.PARTES IDEAIS E PARTES REAIS. A respeito dos bens móveis, não há o problema da gravação de partes reais. A hipoteca e a anticrese podem recair em partes reais, se constam do registro, ou se o registro foi feito a despeito de não constar dele a averbação da comunhão *pra divisa.* No que concerne às partes ideais, a lei inseriu regra jurídica geral, além das que surgem a propósito de condomínio (art. 628, III) ou de situações de comunhão *pra indiviso.*

Diz o Código Civil, art. 757: “A coisa comum a. dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver, se for divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia”.

A leitura do art. 757, 2.‟ parte, não pode ser feita de modo a entender-se que só a parte ideal da coisa divisível pode ser hipotecada ou dada em anticrese. O art. 757, 2.‟ parte, só se refere às *partes reais.* Se divisível a coisa, quanto à parte, em que possa ser dividida, pode ser constituído o gravame. Ora, a divisão exige *consentimento:* ou já o houve e há, em conseqüência, comunhão *pro diviso,* ou não o houve, e o consentimento tem de ser no ato constitutivo. A redação do art. 757, 2.‟ parte, poderia permitir que se interpretasse a regra jurídica, que aí se contém, como relativa *às* partes ideais, mas se assim fesse teríamos voltado às dificuldades exegéticas anteriores ao Código Civil (Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 4, § 8, que copiara, inadvertidamente, a Lei portuguesa de 10 de julho de 1863, art. 117), a que LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 185) obviara, entendendo "se for divisível" no sentido de "se for juridicamente divisível". Convém reproduzamos o que ele escreveu: "t Fala a lei da indivisibilidade jurídica, como a do prédio enfitêutico? Parece-nos que sim, não obstante a explicação em sentido diverso do Aviso n. 2, de 4 de janeiro de 1869. 1.0 Porque fisicamente todo imóvel é divisível. 2.0 Porque, se a lei aludisse a prédios de difícil ou de incômoda divisão, como são as casas, teria usado da expressão conveniente e não de uma frase que exclui absolutamente a divisão, hipótese que, em relação a imóveis, só se dá com os juridicamente indivisiveis. L O Porque não há razão para proibir a hipoteca de partes de coisa de difícil divisão, assim como não há para a alienação. t melhor ao credor ter hipoteca na parte do prédio de difícil divisão do que não ter garantia alguma. A tutela da lei no caso figurado viria em prejuízo do tutelado. Assim, pois, a frase *se for divisível* refere-se às coisas que a lei proíbe dividir".

2.COMUNHÕES, CREDORES CONJUNTOS E DEVEDORES CONJUNTOS. Além da comunhão na hipoteca, da pluralidade de hipotecas e da comunhão de dividas ou da pluralidade de dividas, há dividas conjuntas, que se garantem com a mesma hipoteca e de créditos conjuntos, que dão a titularidade do direito de hipotecas. Tais assuntos têm de ser tratados a seu tempo, principalmente a respeito de objeções e exceções alegáveis na ação executiva real.

§ 2.422. Proibição do pacto comissário

ORIGEM DA REGRA JURÍDICA. A regra jurídica proibitiva prende-se à L. 3, C., *de pactis pignorum et de commissoria lege in pigrwrihzts resdiufenda,* 8, 34 (35), que é de Constantino. Incide se em cláusula do

contrato de penhor, caução, hipoteca ou anticrese, ou no acordo de constituição, ou em pacto separado. O art. 774, III, permite que, por expressa cláusula contratual, se dê ao credor pignoratício (não ao credor hipotecário, ou anticrético) o poder de vender, amigavelmente, o penhor, ou se lhe outorgue tal poder em *procuração especiaL*

Resta saber-se se a cláusula de poder ser comprado pelo credor pignoratício por preço que se arbitre, segundo os princípios, entra na classe das cláusulas permitidas (art. 774, III), ou se é *IexCOmmtSSOflG.* A resposta há de ser afirmativa (L. 16, § 9, D., *de pignoribus et k~ipotheciS,* 20, 1, com interpolação de "insto pretio tunc sestimandum"). Quanto à prefixação do preço, dito côngruo (= correspondente ou superior ao valor), teve-se na doutrina por válida; não assim a de preço abaixo do valor (sem razão, II. DERNBURG, *Das Pfaazdrecht,* II, 285).

Proíbe-se, hoje, a compra, ou qualquer aquisição que se lhe assemelhe, ainda se prefixado preço côngruo. Não se proíbe o pacto posterior ao vencimento.

2.CONTEÚDO DA REGRA JURÍDICA. Diz o art. 765:„É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia, se a divida não for paga no vencimento". *Lez* estava nas fontes romanas por *yactwn:* os pactos davam a *lez* do contrato *(Paeta dant Regem eontractui).* No direito canônico, dizia-se *pactunt legis commiasoriae,* o que formava pleonasmo *(pactum pacti coramissonO.* Proíbe-se a cláusula ou o pacto anterior ao vencimento; não o pacto posterior ao vencimento, ainda que só de parte da divida (1. Rnrr., *Die Ver faulclausel hei PI and,* 37 s.). Se houve infração do art. 765, o pacto é *nulo* (art. 145, V) ; porém não a transferência posterior ao vencimento, com assentimento do dono da coisa (L RAÂPE, *Die Venfalildausel hei Pfand,* 36 a e 47 s.; J. BmRMANN, *Sachenreckt,* 514). Em virtude de pacto posterior ao vencimento, ou de procuração em causa própria, ou procuração para venda, pode o credor hipotecário, pignoraticio, ou anticrético, transferir para si mesmo o direito de propriedade (H. C. HIRSCH, *Die tJbertra~jung der Recktsausiibung,* 343 d. 357 5.; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 513). A procuração anterior ao vencimento é nula e nula a que se pana em adimplemento da cláusula proibida (G. PLANCE, *Ifommentar,* 4.a ed., 915). Não é nula a opção ou a promessa de venda da coisa hipotecada, anticretizada, ou empenhada, feita antes do vencimento, sem ser por motivo de inadimplemento; bem assim o contrato de compra e venda da coisa dada em garantia (L. RÃAPE, *Die Verfallklauael hei Pfand,* 23).

Também vale o pacto de retrovenda feito pelo comprador, devedor hipotecário, e pelo vendedor, credor hipotecário, quanto ao bem vendido e dado em garantia (G. PLANCK, *Kommentar,* IV, 914; H. DERNBIJRG, *Das Biirgerliehe Recht,* III, 788, nota 7;O. WAItNEYfl, *Kommentar,* II, 370).

O que é nulo é a cláusula, ou pacto em separado, não o negócio jurídico do penhor, caução, anticrese ou hipoteca.

A doutrina alemã vê aí regra jurídica interpretativa; porém o art. 153 é que se há de invocar no sistema jurídico brasileiro. Nas transmissões para segurança o art. 765 incide *(3.* BInMANN, *Sachenreckt,* 660; L. RAAPE, *Die Ver folildausel hei Piam!,* SOs.; sem razão, O. WARNnEE, *Kommentar,* II, 459, e a jurisprudência alemã).

3.FUNDAMENTO. O fundamento do art. 765 está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usurárias. Aliás, tem o mesmo fundamento a proibição da venda particular do bem hipotecado, ou dado em anticrese; embora o art. 774, III, fale de pacto de outorga de poder para venda amigável, tratando-se de bem empenhado. O pacto comissário, posterior ao vencimento, em si mesmo válido, pode ser, por outro motivo, usurário (Constituição de 1946, art. 154) e, pois, nulo por essa razão.

O pacto comissário posterior ao vencimento somente pode ser registrado para obtenção de eficácia real se satisfaz os requisitos da compra e venda resolúvel. É averbavel, preventiva-mente, a pretensão à transmissão (MÂR‟rn < WOLFF, *Lekrbuck,* III, 510; sem razão, H. C. HntSCH, *Die Ubertragung der Recktsausiibung,* 1, 342 e 357).

4.APLICação DA REGRA JURÍDICA. A incidência do art. 766 é verificada de oficio. O principio do art 765

subsume-se noutro, que pode, a cada passo, ser invocado: o *principio da inampliabilidade doa direitos dos credores com direito real.* O conteúdo da hipoteca é inextensível. O art. 765 veda o pacto comissório, no plano do direito das coisas e no plano do direito das obrigações.

A proibição opera; quanto à hipoteca e à anticrese, ainda que o credor se haja obrigado a entregar o excesso do valor da coisa sobre o crédito hipotecário, ou anticrético, porque, quanto a esses dois direitos reais limitados, não há a regra jurídica do art. 774, III, e ainda que haja *preço ficado* legalmente, ou por outro meio (L. RAAPE, *Die Verfa.Uklauael hei PI and,* 28 s.).

5. PREÇO A SER ARBITRADO. Se o credor pode ficar com o penhor, não se solvendo a divida, por preço que se fixe, em arbitramento, resultava da doutrina, que invocou a L. 16, § 9, D., *de pignoribus et hypotkecis et quaUter ea contrahantur et de pactis eorum,* 20, 1 *(e. g.,* F. BàLDUÍNO, 3. GO‟rNFREDO, ULEICE HUBER, C.

T. GMELIN): o pacto, ao tempo de MARCATE, valia; daí a interpolação triboniana. Hoje, somente quanto ao penhor.

§ 2.423. Principio da prioridade

1. PRIORIDADE E POCIORIDADE. Os direitos reais de garantia estabelecem exceção ao principio da *Par coudicio credito-rum,* porque se insere, a respeito deles, no sistema jurídico, a regra jurídica *Qui prior est terapore potior eU iure.* Não porque tal regra jurídica, excepcional, só seja possível tratando-se de direitos reais; mas sim porque a eficácia real implica a incidência de tal regra jurídica. O conceito mesmo de direito real exige que a eficácia perante todos parte de determinado momento, para que se saiba quais ao as pessoas atingidas por ela. A eficácia real é eficácia perante todos, mas apenas contra aquelas que não foram, no tempo, anteriores a ela.

Ao principio de que qualquer credor pode ir contra o patrimônão do devedor, ainda se o bem não existia no patrimônão do devedor ao tempo de se irradiar aflida, sem se indagar qual a causa do crédito, contrapõem-se outros princípios que são aqueles que assentam atenuações ou pré-exclusões. Aliás, para a executabilidade forçada do patrimônão do devedor supõe-se que o crédito esteja munido de *pretensão* e de *ação.* Qualquer devedor pode solver a divida, ainda se falta à divida pretensão, salvo se a lei impõe ordem de solução das dividas.

Porém não se pode exigir do devedor que pague a divida sem pretensão, nem se pode ir contra ele se à divida falta a acionabilidade. Veremos o que acontece aos direitos reais de garantia.

O credor mais recente pode ser pago antes de o ser o credor mais antigo. Para se obviar aos inconvenientes de tal possibilidade os sistemas jurídicos criam ordem de pagamentos de dividas, inclusive mediante a técnica escalonadora dos direitos reais.

Alguns juristas, propensos a explicações artificiosas, chegaram a ver na ação constitutiva negativa contra atos jurídicos em fraude de credores e na ação declaratória de ineficácia de atos jurídicos praticados no período pré-

falencial, conseqüência do penhor geral do credor (= de cada credor) sobre os bens do devedor. De modo nenhum se pode admitir tal teoria. O que corresponde ao penhor é a penhora; e essa resulta de exercício bem sucedido da ação executiva. O patrimônão, variável como é, está exposto a que algum credor vá exigir, judicialmente, o crédito; e à lei cabe determinar, em caso de insuficiência para a solução de todos os débitos que concorrem, como se há de regular a sorte deles. Tratando-se de direitos reais, tal sorte é preestabelecida pela eficácia contra todos os que não sejam anteriores no tempo. Na Ia. 25, D., *de diversia regzdia iria antiqui,* 50, 17, dizia POMPÔNÃO:

"Plus cautioms in re est quamiii persona"; porém de modo nenhum se Li. de entender que Me escreveu: a caução in *re* é mais eficiente do que a caução *iii parsotia;* o que Me enunciou, lisamente, foi que a pessoa, em si, assegura menos do que o patrimônão. Não se referiu à concentração da garantia em determinada coisa, com afastamento de outros credores.

O *principio diz prioridade* permite que se adquiram hipotecas sem se temer posterior inscrição ou posteriores inscrições.

Não só se sem ordem, no tempo, só hipotecas, mas hipotecas e usufruto, uso, habitação, anticrese. Não importa se a aquisição foi convencional, ou não.

2.FUNÇÃO DUPLA DO DIREITO REAL DE GARANTIA. O direito real de garantia tem dupla função: determina qual o bem destinado à solução da divida, antes dos outros bens; e pré-exclui, até que se solva a divida, a solução, com Me, ou o valor de outras dívidas. Com isso parece-se com o privilégio lega: que recai sobre determinado objeto, mas ao simples privilégio, que é pessoal, a despeito da eficácia *erga oinnes,* falta o elemento da pré-exclusão, que a natureza real dos direitos reais de garantia produz (cf. HERMOGENIANO, L. 74. D., *de iure do*«um, 23, 3).

A eficácia real da hipoteca, ou do penhor, ou da anticrese, independe de qualquer ato posterior do devedor ou do juiz. A divida é que é ligada a quem deve; o direito real, não:

a relação jurídica é entre o titular, sujeito ativo, contra todos, por se tratar de relação jurídica a sujeito passivo total; e não entre o titular e o devedor. Por isso mesmo são inconfundíveis a relação jurídica entre credor e devedor e a relação jurídica real entre o titular do direito real de garantia e o dono do objeto dado em garantia.

Todos os atos do dono do objeto, que importem em transmissão da propriedade, silos ineficazes, no tocante ao titular do direito real de garantia. No concurso de credores, inclusive falencial, subtrai-se o valor da divida garantida, a fim de se satisfazer o titular do direito real de garantia. O direito real de garantia há de ser respeitado tal qual se constituiu, no momento em que a constituição eficaz ocorreu. Não há redução, inclusive rateio (Código Civil, arta. 759 e 1.560); e passa à frente doe privilégios legais, salvo Nem *apecialis (e.* g., art. 759, parágrafo único; Lei n. 3.724, de 15. de janeiro de 1919). A ineficácia ou a invalidade de qual-

- quer alienação ou gravames posteriores não concerne ao direito real de garantia, porque esse é imune à eficácia de quaisquer alienações ou gravames posteriores. O titular do direito de hipoteca, de anticrese ou de penhor não precisa Invocar as regras jurídicas sobre ineficácia de atos jurídicos do devedor apanhados pelo período pré-

falencial, nem a anulabilidade por fraude contra credores: basta-lhe a invocação da regra jurídica que está à base dos direitos reais, regra jurídica segundo a qual o direito real é eficaz contra qualquer ato jurídico posterior, que se choque com ele. A ineficácia do outro ato jurídico é o lado negativo da eficácia mesma, *real,* do direito de garantia.

§ 2424. Substituição e reforçamento da garantia real

1.CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE DE REFORÇO. A substituição do bem gravado de penhor, hipoteca ou antícrese pode ser conveniente a juízo do titular do direito real de hipoteca e do dono ou enfiteuta do bem gravado. O *acordo de aubatirrogão* é negócio jurídico abstrato, como o acordo de constituição. Tem-se, porém, de proceder a outra inscrição, havendo, portanto, *formalmente,* outra hipoteca, posto que, *materialmente,* só se haja substituído o objeto gravado.

2.DEVEDOR CONSTITUINTE DA GARANTIA. Em principio, quem constitui penhor ou hipoteca ou anticrese é o devedor. Nada obsta a que seja terceiro o constituinte do direito real de garantia. O devedor que deu garantia real tem de reforçá-la, ou substitui-la, ainda que na perda, deterioração ou desvalorização não tenha tido culpa. É

o *principio da garantia integral.* que aparece a respeito da fiança (art. 1.490), da hipoteca e das outras garantias reais (arta. 762, 1, e 954, III: "...e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las").

3.GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. Se a garantia real foi prestada por terceiro, rege, dispositivamente, o *mineipio da garantia ezausta.* Diz o Código Civil, art. 764: "Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por divida alheia, não fica obrigado a substitui-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalie". Se há cláusula expressa, vige o principio da garantia integral, inclusive com as conseqüências do art. 762, 1. O art. 954, III, só se refere ao devedor, e não ao terceiro que dá em garantia real. A

hipoteca vence-se. A incidência do art. 954, III, faz vencer-se a divida garantida, e vence-se a hipoteca. Diga-se o mesmo quanto ao penhor e à anticrese.

§ 2425. Dívidas pagáveis em prestações

1.PRINCIPIO DA INTEGRALIDADE DA PILESTAÇIO. Na L.19, D., *de pignoribus et hpotkeeis et qualiter ea controiaantia et de pactis eorum,* 20, 1, ULPIANO diz: o que recebeu em penhor muitas coisas não é obrigado a liberar uma, salvo se recebeu tudo que se lhe deve (Qul pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur). Com maioria de razão, quem só uma coisa recebeu em garantia. Nesse sentido, não se divide o direito real de garantia. SILVESTRE COMES DE MORAIS *(Tractatus de Executionibua,* VI, 129 s.)

frisava que isso se entendia ainda a respeito de sucessores do devedor, ou do credor (cf. Código Civil, art. 766).

No Código Civil, foi explícito o srt. 758: “O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no titulo, ou na quitação”.

2.DISPOSITIVIDADE DO PRINCIPIO. O bem gravado fica sujeito ao integral pagamento de toda a divida e de cada uma das parcelas ou frações, de modo, que, pagos, por exemplo, noventa por cento do débito, da hipoteca, penhor ou anticrese continua inteira. Assim já era o direito anterior. Já se advertia em que tal integralidade não era da essência da garantia real, e sim criação da lei; dai a derrogabilidade pela vontade dos figurantes; *e.* g.: pacto de só se poder executar pelo restante; pacto de corresponder cada prestação a um dos andares do edifício de apartamentos, ou a uma das glebas da fazenda.

§ 2.426. Pretensão à execução e à retenção

1.DIREITO REAL DE GARANTIA E EXECUÇÃO. Posto que a garantia, por ser real, já grave a coisa, já lhe retire valor para segurança de dívida, ainda não se dá, com a simples gravação, *execução.* Por isso mesmo não há inconveniente em que se fale de execução forçada em se tratando de títulos extrajudiciais executivos *pessoais* e de títulos

extrai judiciais executivos *reais,* aqueles executáveis contra todo o patrimônão do devedor e Ornes somente sobre o bem gravado. No art. 759, o Código Civil falou de excussão da coisa hipotecada, ou empenhada, em vez de execução; porém a expressão *excitara, excusajo,* é estranha às fontes clássicas, e o nome *bane ficium excuasionis* dado ao beneficio de primeiro se executarem os bens do devedor foi arranjo dos juristas poiteriores, a propósito da exceção chamada *exce-ptio excuasionis personalis* (Nov. 4, cap. 2; cp. Código Civil, arte. 1.491 e parágrafo único, 1.492 e 1.502), ou *realis.* Quem excute sacode, abala, bate, faz em pedaços, empurra, espreme, mói; quem executa segue, faz seguir, tira de um patrimônão para outro. O "quatio" de excussio, que melhor se escreveria "excução" <excutio), nada tem com o "sequor", de execução. O termo "excutir", no art. 759 do Código Civil, é impróprio: não alude à seqüela, à execução. O erro de terminologia *já* vem do Projeto primitivo, art. 857.

O gravame tem efeitos semelhantes à penhora e às demais constrições. Ainda não é a execução. O valor do bem está sujeito à garantia; não foi ainda extraído, para se solver a dívida.

Â pretensão à execução é de direito material. A tutela jurídica protege-a. O direito pré-processual diz quando e como se pode exercer a pretenso à execução.

IA-se no art. 759: "O credor hipotecário e o pignoraticio têm o direito de excutir a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observado, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição".

E no parágrafo único:

"Excetua-se desta regra a divida proveniente de salários do trabalhador agrícola, que será paga, precipuamente a quaisquer outros créditos, pelo produto da colheita para a qual houver concorrido com o seu trabalho".

2.DIREITO DE POSSE PELO ANTICEESISTA. Raro, o. titular do direito de anticrese tem pretendo à execução porque tem a pane do bem e pode reter até que se pague. Tal pretensão e o próprio direito de anticrese extingue-se passados vinte anos da inscrição. Na L. 11, § 1, D., de *pignoribua* a *hqjpothecis* a *qualiter es costrahastur fl de yacUa eornt,* 20, 1, MARCIANO alude a essa retenção da pose dc bem, até que se solva a divida. No Código Civil, art. 760, diz-se: "O credor anticrético tem direito a reter em seu poder a coisa, enquanto a dívida

não for paga. Extingue-se, porém, esse direito, decorridos vinte anos do dia da transcrição" (aliás, inscrição). Repete-se isso no art. 806. Se o titular do direito de anticrese executa a divida (execução pessoal, concernente à divida *garantida),* ou permite que outrem execute, pessoal ou realmente, o bem gravado, sem opor o seu direito anticrética de retenção, não tem preferência sobre o preço (ad. 808, § 1.0).

§ 2.427. Vencimento dos gravam..

1.VENCIMENTO DA DIVIDA E VENCIMENTO DO GRÂVAME. O art. 762 do Código Civil refere-se ao vencimento dos gravames, às pretensões reais, e não ao vencimento das dívidas garantidas com penhor, hipoteca ou anticrese. Quanto à anti-creme há particularidades que seria explicadas a seu tempo o ad. 954 concerne *às* obrigações, às pretensões pessoais. Às vezes coincidem as causas de cabrabilidade antecipada. O art.1.490 diz respeita apenas ao fiador (ei. Código Comercial, art. 263).

Lê-se no art. 762: "A dívida considera-se vencida: 1. Se, deteriorando-se, ou depredando-se a coisa dada em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar.

II. Se o devedor cair em insolvência, ou falir. III. Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste moda se achar estipulado a pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata. IV. Se perecer o objeto dado em garantia. V. Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor". No § 1.0: "Nos casos de perecimento ou deterioração do objeto dada em garantia, a indenização, estando 01. seguro ou havendo alguém responsável pelo dano, se sub-rogará na coisa destruída ou deteriorada, em beneficio do credor, a quem assistirá sobre ele preferência até ao seu completo reembolso". No §

2.0: "Nos casos dos na. XV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o sinistro, ou a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia, e esta não abranger os outros; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados, ou destruídos".

Acrescenta o Código Civil, no art. 763: "O antecipado vencimento da divida nas hipóteses do artigo anterior, não importa o dos juros

correspondentes ao prazo convencional por deCorrer".

2.DETERIORação OU DEPRECL4ÇÂO DO BEM GRAVADO. A deterioração ou depreciação da bem gravado ou (a) ocorre atando ele seguro, ou (b) sem estar seguro. Se não estava seguro, pode dar-se a) que alguém seja obrigado *à* indenização, Ou 6) ninguém o seja. A garantia recai, automaticamente, sobre a pretensão à indenização por seguro, ou pela responsabilidade de reparação, fundada em culpa ou não. Se a deteria„ação ou depreciação foi sem qualquer indenizabilidade, o titular do direito real de garantia pode intimar a devedor à restituição ou ao reforço de garantia e, caso ele não atenda, vence-se o gravame.

O art. 764 do Código Civil prevê as espécies em que a garantia é prestada por terceiro. Então, em regra jurídica *dispositiva,* estatul que esse terceiro não fica obrigado a substituir ou reforçar a garantia, se, sem culpa sua, houve perda, deterioração ou desvalorização.

3. INSOLVÉNGIA 013 FALÊNCIA. A insolvência do devedor faz vencer a hipoteca, lê-se no art. 762, II, do Código Civil. A falência produz o vencimento antecipado de todas as dividas do falido e do sócio solidário da sociedade falida, com o abaixamento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 25). Os bens gravados com hipoteca serão levados a leilão na conformidade da lei processual civil, notificado o credor, por despacho do juiz, sem prejuízo do que se estatul nos arte. 821 e 822 do Código Civil (Decreto-lei n. 7.661, art. 119). Se o síndico, dentro de trinta dias, após a publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, não notificar o credor hipotecário, do dia e hora em que se há de realizar a venda do imóvel hipotecado, pode o credor propor a ação competente da ação executiva real e terá o direito de cobrar as multas que no contrato foram estipuladas para o caso de cobrança judicial (Decreto-lei n. 7.661, art. 119, § 1.0>. Se a venda do imóvel for urgente, como nos casos do art. 762, 1, do Código Civil, o credor, justificando os fatos alegados, pode pedir ao juiz a venda imediata do imóvel hipotecado (Decreto n. 7.661, art. 119, § 2.0). O que acl"zna se disse também se aplica à anticrese (Decreto-lei ix. 7.661, ad.

119, § 3.0).

Em tudo isso se supõe que proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio do bem gravado seja o devedor. Pode dar-se que o dono (ou

enfiteuta) ou possuidor próprio seja terceiro. Qual a conseqüência da insolvência ou falência do devedor que não é o dono (ou enfiteuta) ou possuidor próprio do bem gravado? O débito vence-se, provAvelmente, por incid4ncia do ad. 954, 1, que faz cobrável o crédito se, executado o devedor, se abre concurso creditório. Vence-se a hipoteca? Sim; porém o concurso de credores não atinge o terceiro dador da garantia.

Com a insolvência ou a falência do devedor, cuja divida foi garantida, com direito real, por outrem, vence-se o penhor, a hipoteca ou a anticrese. O dador da garantia continua a suportar o gravame, como dono (ou enfiteuta) ou possuidor próprio do bem, e o credor pode executar a dívida, se o quer, por estar vencida, pois a garantia se fez dependente de tal vencimento, e cabe providenciar para a venda do bem gravado, posto que insolvente não seja nem se torne falido o proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio.

4.FALTA DE PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. Se a dívida tem de ser paga a prestações (penhOres amortizáveis ou hipotecas amortizáveis>, há gradual diminuição da soma devida, sem que se possa faltar ao pagamento das parcelas, periódicas ou não. Não se trata de prestações acessórias, e sim de partes do capital. Se há amortizabilidade a líbito, combinada ou não com a amortização compulsória, o que corresponde às parte, saldadas voluntariamente somente se tem por pago pelo proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio desde que se leva à averbação. Se consta o nome de outrem, há de pensar-se em sub-rogação pessoal, se os pressupostos se compõem. O imposto de renda não pode incidir sobre essas quotas ou partes; só apanha os interesses.

5.PERECIMENTO DO OBJETO DADO EM GARANTIA. Se há indenizabilidade, a garantia real recai na pretensão à indenização e, depois, na indenização recebida. Se não há indenizabilidade, o devedor continua obrigado ao pagamento da dívida ou do resto da divida, pessoalmente (Código Civil, ad. 767). Em se tratando de garantia prestada por terceiro, o art. 767 do Código Civil não incide. “Quando”, diz o art. 767, “excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para Pagamento da divida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”. No ad. 764 já se estabelecera: “Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por divida alheia, não fica obrigado a substitui-la, ou reforça la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore ou desvalie”

6.DESAPROPRIação. No ad. 762, V, do Código Civil estatula se que, em se desapropriando o bem gravado, se há de desapropriar a parte do preço, que for necessária para o pagamento integral do credor. Vence-Se, ai, não a divida garantida, mas sim o penhor. a hipoteca ou a anticrese (cp. ad. 954), e solvida a divida real a divida garantida extingue-Se. O pagamento ou foi feito com valor pertencente ao devedor (por pertencer a ele o bem , ou com valor pertencente ao terceiro dador da garantia. Dá-se, então, g~b~roga$O

pessoal (art. 985, III).

A respeito da anticrese, o Código Civil diz que, se o credor anticrético executa o imóvel por não pagamento da divida, que permite que outrem o execute, sem opor ao exeqüente o seu direito de retenção, não tem o direito de preferência sobre o preço (ad. SOB, § i.o>. compreende-se: fez passar *à* frente do direito de posse e percepção de frutos e rendimentos a pretensão à. execução, como qualquer credor quirografário. Acrescei"ta o § 2.0: "Também não a terá sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se for desapropriado, sobre a da desapropriação" Não se poderia interpretar esse § 2Y como se não houvesse sub-rogação> real na pretensão à.

indenização e, depois, na indenização, extinguindo-Se a anticrese. Havemos de entender que: a> se, destruído ou danificado o prédio, existindo pretensão à indenização pelo segurador, ou por pessoa responsável pela reparação, o titular do direito de anticrese não opõe o seu direito à pretensão à indenização, o segurador ou pessoa responsável se libera prestando ao dono (ou enfiteuta) ou possuIdor próprio; *b)* se, citado, na ação de desapropriação. por ser contra o dono (ou enfiteuta) ou possuidor próprio a desapropriação>~ deixa correr à revelia o processo. tem-Se como renúncia à anticrese (pois houve a sub rogação na pretensão à indenização e, simultaneamente, na indenização>, que há de ser prévia) a sua atitude (declaração unilateral de vontade pelo silêncio).

Os §§ 1.0 e 2.0 do ad. SOB refletem doutrina já superada ao tempo de MANUEL DE ALMEIDA E 80118k *(Tratado enciclopédico , prático e critico das Execuções ,* 338). Sobre a iniqüidade da interpretação literal do §

2.0, veja-se o que escrevemos no Tomo XIV, § 1.613, 5.

A anticrese só se extingue nas espécies do ad. 849 do Código Civil, concernente à hipoteca, e se há a renúncia e caso de execução pelo próprio titular do direito de anticrese, ou por outro credor, sem

embargos daquele, ou de iDAçSO e silêncio, em se tendo de receber indenização por seguro, fato ilícito ou de proprietário.

§ 2.428. Remição dos direitos reais de garantia

1.CONCEITO DE REMIÇÃO. Remir é recomprar, readquirir, afastar pagando. Apaga-se, com algo que equivalha. a mancha que o direito real limitado deixou sobre o domínio, embora sem o atingir na substância., conforme o termo romano. Redimem-se pecados; redimem-se gravames (Tomo XVIII, § 2.184, 5). O ad. 766 do Código Civil cogita da remição do penhor e da hipoteca, como se algum principio hefiêutico *priori,* de remição que tocasse aos adquirentes do bem gravado. Li-se no art. 766: "Os sucessores do devedor" entexada-me do dono (ou enfiteuta) ou possuidor próprio do bem gravado "não podem remir parceladamente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões" e lese era um dos pontos em que mais se aludia a indivinibilidade da hipoteca

 do penhor; qualquer deles, porém. pode fazê-lo no todo.

O adquirente do imóvel gravado ou do bem móvel empenhado pode remir o gravame. Se há dois ou maia adquirentes‟-qualquer deles pode remir, totalmente, e não em parte.

Com a remição, extingue-se o gravame (Código Civil, arta 802, VI, 2.‟ parte, 849, IV, 815 e 816, 1 1.0). Se há duns oti mais hipotecas, pode-se reunir uma ou mais de uma, sem. se reunirem todas. A redução foi criação do direito pós-romano.

Nas ordenações Monsinil, Livro IV, Titulo 52, dizia-se:"Os Reix, que ante Nós forom, hordeflart > m e estabeleceram por Ley, que se hum homem obrigou todos seus beê, ou alguS certa cousa em especial a outrem, e despois vendeo, ou enalheou algizi das consas assi obrigadas, sempre essa musa asal vendida., ou enalheadá passe com seu ~i‟carregO a aqutile, a que sal IS vendida, ou enalheada: e porque muitas vezes acotitêcá maceRe, ou aquelies, a que a dita coca asai foi apenhada‟ ãni&nd*reifl o comprador delia, dizendo contra elfr quq lhe PBVU

a divida, por que a causa foi apenhada. ou lhe dê a dita COSA, que mmx comprpu, pera haverem per elIa sua divida, o que achamos por direito, que vindo ao tempo certo podem-no justamente fazer: por onde querendo Nós tolher as muitas brigas e revoltas, que por esta razom se acustumarom de fazer em Nossos Regnos, poeemos por L.ey,

e Mandamos, que comprando alguém alguma cousa móvel, ou de raiz, e quiser ser relevado das dit as brigas e trabalhos, tanto que a dita cousa comprar, que a leve logo, e ofereça o dinheiro ou o preço, por que a comprar, perante o Juiz Hordenairo do lugar, onde essa compra for feita, e requeira-lhe da Nossa parte, que o mande, e faça poer em socresto em manO d"homem fiel e abonado, ataa o tempo certo e aguisado, a que possam vir alguns creedores, a que o dito vendedor fesse obrigado, e ouvesse apenhada essa cousa vendida; e tanto que esto assi for feito, e o dito preço ou dinheiro offerecido e consinado, como dito he, Mandamos que esse comprador aja seguramente a dita cousa comprada, e que nunca lhe mais possa ser demandada per algum credor, a que proílo dito vendedor fesse apenhada.

1. E per esta Ley Mandamos a todolos Juizes, e Corregedores das Comarcas dos nossos Regnos, a que tal requerimento for feito per os ditos compradores, que façam poer e consinar o dito preço, ou dinheiro, ou quantidade, por que a dita cousa foi vendida, em manO d"hum homem bod, fiel, leigo, e abonado, morador no lugar, atas tempo certo e dbnvinlxavel, segundo adiante será declarado, a que façam vir todolos creedores, a que a dita cousa fesse apenhada, pera averem de letigar perante cada hum deItes, qual preço, dinheiro, ou quantidade assi consinada, ou socrestada receberem; porque a razom da pena, que lxe posta em tal caso aos Corregedores, e Juizes, ba lugar nos outros Officiaaes da Justiça, que a dita remataçom fezerem, e por tanto deve seer igual pena em elles.

2. E porque algumas vezes acontece, que os Juizes, e Corregedores mandam consinar o dito preço, e dinheiro em mano d"algum homem beô, e despois esses Juizes, e Corregedores lhe veem a demandar este dinheiro emprestado, ou per outro algum modo, em tal guisa que esse preço, o qual nom podiam receber em consinaçom, veem-no despois a receber, e converter em seus proprios usos da manO daquelle, a que foi entregue, como homem boô: e porem mandamos, que em tal caso este homem boõ, em cuja manO foi consinado o dito preço, nom se possa escusar, por dizer que o entregou ao Juiz, ou ao Corregedor, mais seja theudo a responder por elIe, e entregaílo a aquelle, a que com direito deve ser entregue; e não o querendo entregar do dia que lhe for mandado a nove dias, que seja preso, e não seja solto atas que o entregue".

O texto passou às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 34, e às Ordenações Filipinas, Livro 1V, Título 6.

Não se pode dizer que a *ratio tegis* seja a completa liberação do bem gravado, pois, se há duas ou mais hipotecas, a remição não precisa ser

de todas, nem só ao adquirente do prédio gravado é dado remir: o titular do direito de hipoteca posterior pode remir a anterior (Código Civil, art. 814).

2. LEGITIMADOS À REMIÇÃO. São legitimados à remição:

a) qualquer adquirente, a causa de morte ou entre vivos, e embora o art. 766 do Código Civil fale de "sucessores" o que usucapiu o domínio, sem extinção do gravame; i» o titular de direito de hipoteca posterior, se a anterior se vence.

Não se deu ao dono (ou enfiteuta) que constituiu o gravame a faculdade de remir, porque isso importaria em se por à mercê do contraente o prazo do gravame: *e. g.,* constituiria por x anos a hipoteca e remi-la-ia no mês seguinte, ou meses após. O prejuízo para quem inverte em negócios jurídicos pignoraticios e hipotecários capitais seria enorme, uma vez que podem ser elementos de peso o prazo e segurança das inversões. Assim, quem é devedor na relação jurídica da dívida garantida e quem constituiu sobre bem seu hipoteca não pode remir.

O que se teve de levar em conta foi o interesse do adquirente do bem gravado, e não o do constituinte da hipoteca, ou do devedor, ou do sucessor do devedor; ou o interesse de titular de outra hipoteca, posterior, se a anterior se vence. É interessante observar-se que se pesaram interesses e se atendeu à *extrane idade* do adquirente à relação jurídica da divida garantida e à relação jurídica da gravação. Só o adquirente pode remir, porque o ser adquirente é 121MB.

Não pode remir o devedor, cuja divida foi garantida, nem seu sucessor, quer o gravame seja de bem próprio, ou de bem de terceiro. É de repelir-se a velha opinião que tirava ao devedor que adquirira o bem gravado o direito de remir o gravame <por exemplo, LÂJAIRTE RomtíouEs PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 310, nota 6). O

devedor, que adquire a propriedade e redime o gravame, tomo-se, enquanto não se dá o cancelamento, livre da divida e não da hipoteca. Com o cancelamento, também da hipoteca. Foi como adquirente que ele remiu. Se adqüirísse o domínio do bem e o gravame, tornar-se-ia dono da propriedade gravada, persistindo a hipoteca de proprietário (portanto, cessivel) enquanto não se desse o cancelamento. O crédito teria, segundo os princípios que o regem, desaparecido. Volveremos ao assunto.

O adquirente do bem gravado que não era devedor, se redime o

gravame, adquire crédito e direito real de garantia; enquanto não se dá o cancelamento, é titular de hipoteca de proprietário. É preciso atender-se a que o terceiro, que paga o crédito, se sub-roga pessoalmente ao credor a que pagou (Código Civil, ad. 985, II). A subrogação pessoal opera-se automaticamente; a extinção da hipoteca depende do cancelamentO‟ (art. 850).

Os fiadores do devedor não podem remir o gravame, que é real. Se o fiador paga integralmente a divida, que a ele corresponde, fica sub-rogado nos direitos do credor; se há co-fiadores, por quotas, pode demandar cada um dos outros, pela‟ respectiva quota (Código Civil, art. 1.495). Essa sub-rogação pessoal nada tem com o gravame.

Fiador não pode remir; pode solver. Quanto à anticrese, do assunto trataremos na Parte XII.

O terceiro que constitui gravame por divida alheia não tem poder de remir: é figurante do acordo de constituição.

Mas o sucessor, a causa de morte ou entre vivos, quanto ao bem gravado, sim. O ad. 766 fala de sucessores, sem qualquer distinção; e o parágrafo único acrescenta: “O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito”. Repetiu-se, portanto, a doutrina francesa, que LAPAISTE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 310) acolhera. E repetiu-se, acertadamente.

A Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 10, §§ 3□O e 4□O, não falava de remição pelo que estava em curso de usucapir; mas LAPAXETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 309) admitia-o. Seria, então, a remição durante a ação publiciana (Tomo XI, §§ 1.2641.269), porque a ação de usucapião é declaratória (=o autor já usucapiu).

Pode remir o dono, ou o enfiteuta, ou, se não há domínio, nem enfiteuse, o possuidor próprio, porque pode usucapir. Tem de ser proposta a ação publiciana, com o requerimento inicial, ou pendente a lide, da remição. Se corre ação de usucapião, o juiz pode deferir o requerimento de remição se há prova da posse própria.

Todavia, durante a lide, qualquer deferimento de remição é provisional. Tudo se passa como em adiantamento de liberação do bem, o que pode ser *preventivamente* averbado. Não se pode mandar cancelar a inscrição antes de se julgar a ação, trAnsita em julgado a sentença.

O que importa é que se frise a *ratio legis:* quem constituiu o gravame não pode remir. À remição só tem direito o terceiro adquirente do bem, seja sucessor entre vivos ou a causa de morta É verdade que o devedor não pode remir, nem o dador da hipoteca. Mas, se aquele adquire o bem, não é só *o* devedor, é, agora, o adquirente do bem, e é como tal que redime a hipoteca. Também o adquirente do bem que se faz sucessor do devedor, ou lhe sucede, passivamente, a causa de morte, não fica privado de remir. Adquiriu o bem.

Noutros sistemas jurídicos poder-se-ia discutir se a coincidência de ser devedor e dono, por assunção posterior, herança, ou aquisição do bem que outrem dera em hipoteca, seria de interpretar-se contra o pretendente à remição; não, no sistema jurídico brasileiro. Nesse, há o ad. 766 que alude à remição pelos sucessores do devedor e apenas regula a reernicibilidade:

"Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo". Os que afirmam o contrário leram livros estrangeiros; não leram o Código Civil.

Passemos a outro problema, que não é de somenos relevo.

O ad. 766 fala de penhor e de hipoteca. a E a anticrese? Não há remição da anticrese? Não há qualquer razão para que, .tratando-se de anticrese, se satisfazem os pressupostos do art. 766, parágrafo único, não se permita que o terceiro, dono do bem, por aquisição posterior, ou o enfiteuta ou o possuidor próprio, venha a remir.

Remição é favor; mas os fundamentos para a sua admissão são comuns aos três institutos Capitulo III

EXTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

§ 2.429. Extinção e causas de extinção

1.GRÂVAME E DIVIDA GARANTIDA. O crédito pode extinguir-se sem se extinguir o gravame, por depender do cancelamento. No art. 850 do Código Civil, diz-se que "a extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo registro" (art. 848).

Pergunta-se:~ Há direito real de hipoteca antes da inscrição? ~ Extingue-se a hipoteca *antes* do cancelamento?

No art. 676 do Código Civil foi posto o principio de que os direitos reais limitados só se adquirem com o registro.

No art. 708, há, a respeito de servidões, referência a extinção "com respeito a terceiros"; no art. 753, alude-se à eficácia em relação a terceiros *(verEda* "contra terceiros adquirentes") da renda sobre imóvel, a partir do registro; no art. 796. fala-se de eficácia do penhor agrícola, enquanto não cancelado. O acordo de constituição existe antes da inscrição, a causa de extinção existe antes do cancelamento; mas direito real não há, nem direito real deixa de haver, antes de se inscrever, ou de se cancelar a inscrição.

A pessoa interessada na extinção pode alegar que o direito real de garantia se extinguiu, se o faz a quem foi parte no acordo ou na causa de extinção, porque tal extinção se traduz como poder de cancelamento. Contra terceiro, só o ato cancelativo tem eficácia, porque somente com ele se opera a desaparição do direito real.

2.EXTINÇÃO CONSTANTE DO REGISTRO. Se a causa de extinção consta do registro ou se a permanência do direito real de garantia depende de renovação da inscrição, a extinção opera-se automaticamente, uma vez que os terceiros todo o público conhecem a cessação do direito real de garantia. A anticrese por *z* anos que correspondam à solução da divida com os frutos e rendimentos pré-estimados cessa no fim do último dia do prazo. A hipoteca que se iniciou há vinte anos, se persistiu todo esse tempo, ou através de prerrogações, cessa ao terminar o último dia dos vinte anos.

§ 2.430. Desaparecimento do crédito

1.CREDITO E GRAVAME. Se o crédito, que se garantia com o direito real, se extingue, abre-se a porta *à* extinção do gravame. Pode-se pedir o cancelamento, se a inscrição é elemento necessário do gravame.

Se a extinção do crédito foi por pagamento e há sub-rogação pessoal <pagamento com sub-rogação), não se extingue o gravame.

Havendo novação, não se extingue o gravame.

2.FALTA DE CANCELAMENTO. Enquanto não se cancela a inscrição, o gravame perdura, a despeito de poder ser alegado o desaparecimento do crédito gravado. As conseqüências são relevantes, entre as quais

está a de poder ser objeto de penhor o titulo do direito de hipoteca ou de penhor.

§ 2.431. Perecimento do bem gravado

1.DESTRUIÇÃO SEM POSTERIDADE. Quando, ao destruir-se o objeto dado em garantia, há posteridade, juridicamente, por algo se lhe haver sub-rogado, a sub-rogação real obsta a que desapareça & garantia por desaparecimento. O que foi sub-rogado juridicamente não desapareceu. Muda-se de *res,* o objeto é o mesmo. Se, com a pretensão à indenização proveniente de seguro ou de reparação, ou com a prestação feita, se solve a divida, a causa da extinção é outra.

A anticrese dá direito a frutos e rendimentos, percebidos só à conta de juros ou à conta de juros ~ capital. Se à conta de capital, é evidente que os princípios da hipoteca incidem, porque o valor foi destinado a garantir *Q*

capital. Se só a conta <te juros, o que substituir o bem há de produzir frutos para garantia dos juros.

Havendo indenizabilidade devida ao desaparecimento, a sub-rogação ocorre.

O desaparecimento do objeto gravado de modo nenhum influi no crédito garantido. Se é parcial a perda, deterioração ou destruição, o gravame continua sobre o resto. Se foi executado o penhor ou a hipoteca, sem dar para a solução da divida, continua o devedor vinculado quanto ao que faltou, pessoalmente (art. 767>.

2. PERECIMENTO E RESIDUOS. Se há resíduos do bem gravado, o direito real de garantia só se extingue se esses resíduos não mais podem ser objeto de tal direito. A sorte do crédito nada tem com a da garantia. Se o que resta do bem é.6mente bem móvel, ou somente restam bens móveis, não há pensar-se em continuação da hipoteca. Todavia, se pereceu o Imóvel e havia hipoteca conjunta de imóvel e móvel (Código Civil, art. 810, II), a hipoteca subsista Â hipoteca que grava o navio perdura enquanto se pode pensar em navio.

8.RENÚNCIA AO DOMÍNIO OU A ENFITEUSE. Renúncia ao domínio importa em que desapareça o direito de propriedade sem desaparecer o bem gravado: o gravame continua. Se a renúncia é feita pelo

enfiteuta, ou a propriedade torna-se alodial, ou os credores do enfiteuta tomam a atitude prevista no art 691 do Código Civil. Em qualquer das duas espécies, o gravame continua.

§ 2.432. Renuncia

1. CAUSA DE EXTINÇÃO. A renúncia é causa de extinção do penhor (Código Civil, ao. 802, III), da hipoteca (art 849, fls) e da anticrese, que tem como modelo a hipoteca. Mas a inércia é negócio jurídico unilateral; a eficácia real, extintiva, só lhe advém, se o registro é exigido para a constituição do gravame, da averbação cancelatória (arte. 850 e 848).

É irrevogável a declaração desde que apresentado o registro. Entre os figurantes, a renúncia opera desde logo, nascendo ao dono do objeto gravando ação pessoal contra o renunciante, se foi inserta em documento de promessa de cancelação

2.RENÚNCIA À INSCRIÇÃO E RENÚNCIA AO GRAVAME. Nos casos em que o direito real de garantia só exaurge com a inscrição, pode-se renunciar à inscrição, após ter havido o acordo de constituição, e a existência do direito real de garantia não se inicia. Se já se constituiu o direito real de garantia, então a renúncia é a esse direito real. A renúncia é revogável até que se registre (Tornos XIV, § 1.603, 3, e XVIII, § 2.229, 1). Aqueles que falam da renúncia aos direitos reais de garantia como se produzisse efeitos em relação ao devedor, ao dador da garantia, ao terceiro adquirente e aos outros credores, independentemente do cancelamento, deixam de atender a que a renúncia é negócio jurídico unilateral. A recepticiedade, que lhe é necessária, não basta para que produza efeitos desde que se dê a recepção, salvo pelo oficial do registro. Maior engano e, aquele dos que falam de renúncia a favor de a, ou de b *(e.* g., respectivamente, L. COVIELLO, *Delie Ipoteche nel dtntto civile italiano,* 460; GINO

GOELA, *Le Garanzie de l'Obbliga zioni,* 369).

§ 2.483. Remição

1.PENHOR, HIPOTECA E ANTICRESE. Já vimos que os adquirentes dos bens gravados em garantia podem remir o gravame. A remição somente extingue, por si só, a garantia real se a extinção independe de

cancelamento.

Se há sub-rogação pessoal, quanto à garantia, não há extinção, na medida em que aquela se deu. Ocorre o mesmo no caso de remição por parte de titular de direito de hipoteca posterior, pois que a sub-rogação pessoal se opera.

2.REMIÇÃO. Com a remição liberante, extingue-se, feito o cancelamento, o gravame. Com a remição sub-rogativa, o titular do direito real de garantia passa a ser quem solve a dívida. Com a remição, a lei favorece a circulação dos bens e os negócios.

Para a remição, é preciso que o terceiro adquirente do bem conste como dono (ou como enfiteuta). O direito brasileiro permite a remição pendente a ação publiciana ou a de usucapião.

A respeito dos titulares de gravames posteriores, a legitimação é segundo os princípios. Tratando-se de hipoteca, é de mister que tenha havido a inscrição.

§ 2.434. Arrematação e adjudicação

1.TÉCNICA LEGISLATIVA. Os legisladores tiveram diante de si problema extremamente delicado: o de assentar, como regra jurídica dispositiva, ou cogente, se o que se aliena em arrematação ou adjudicação se entende sem os gravames de garantia ou com os gravames de garantia. Observe-se, de início, que a propósito dos outros direitos reais limitados (enfiteuse, servidões, usufruto, uso e habitação) não se diz que se extinguem pela arrematação ou pela adjudicação. O assunto é ligado aos arts. 802, IV e VI, e 849, VII, do Código Civil.

Há, *de lege ferenda,* três soluções: a) considera-se em toda arrematação ou adjudicação como livre e desembaraçado o bem, *congentemente,* isto é, o preço segundo a avaliação há de ser, sempre, do bem como se sem gravames fesse, de modo que os direitos reais limitados se atendem no preço, que se alcance, e segundo os princípios; b) considera-se como livre e desembaraçado o bem a ser arrematado ou -adjudicado, *di.spositivasente; e)* o preço, que se fixa em avaliação, e pelo qual se entrega o bem gravado, *é* o preço tal como se avaliou o bem~

deduzindo-se do seu valor o valor dos gravames, *dispositivamente.* Ao direito material é esse o ponto que mais interessa.

A solução do sistema jurídico brasileiro é *b)*.

2.DIREITO PROCESSUAL. As questões de direito processual que surgem a propósito da arrematação dos bens gravados de hipoteca, penhor ou anticrese tocam, aqui e ali, o direito material. Por método, devido a diferenças de soluções, ao lado das regras jurídicas comuns, do assunto havemos de tratar a respeito de cada um dos direitos reais de garantia.

§ 2.435. Confusão

1.PENHOR E HIPOTECA. No art. 802, V, do Código Civil, fala-se da confusão no tocante ao direito oriundo do negócio jurídico entre devedor e credor como causa de extinção do direito de penhor. Quanto à hipoteca, o art.

849 nada disse, porque a confusão, que eventualmente pode extinguir a hipoteca, é uma das espécies do art. 849, 1 (desaparecimento da obrigação principal), o que mostra ser redundante o art. 802, V.

Sempre que se trata de hipoteca, *antes* do cancelamento não há pensar-se em extinção do gravame, pois o art. 850

é de explicitude inexcedível: “A extinção da hipoteca só começa a ter deito contra terceiro depois de averbada no respectivo registro”. falta-se de evidente atenuação ao principio da acessoriedade.

2.CONFUSÃO QUANTO AO CRÉDITO E NÃO-EXTINÇÃO DO CRAVÂME. Se houve contusão, mas a hipoteca não se extinguiu, por falta de cancelamento, o direito real de garantia persiste, podendo dar-se que o adquirente da hipoteca venha a executá-la, como se o crédito existisse. Teremos de tratar das conseqüências da discordância não aparente no registro.

§ 2436- Prazo preclusivo para a anticrese

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 760. Lê-se no art. 760 do Código Civil: “O credor anticrético tem direito a reter em seu poder Parte X. Hipoteca a coisa, enquanto a divida não for paga. Extingue-se, porém, esse direito, decorridos vinte anos do dia da transcrição”.

O prazo é preclusivo; a regra jurídica, cogente. Não importa se já está paga toda a dívida ou não.

2.SE HÁ EXTINÇÃO DA ANTICEESE FOR FATO DE PRESCRIÇÃO DA ação REAL. No art. 849, VI, do Código Civil considera-Se a prescrição elemento suficiente do suporte fático da extinção da hipoteca. No art. 760, estabelece-se o prazo preclusivo de vinte anos, contado da inscrição, porém Osso prazo nada tem com o não exercício do direito real de anticrese, nem, sequer, com * não-tomada de posse. É semelhante ao prazo do art 81"?, sem *prerrogabilidade a que se alude no art. 817, 1." parte, e sem a renovabilidade de que trata a 2.8 parte do art. 817 <ep. art. 830). Se o titular do direito de anticrese deixa de tomar posse do bem e se conclu i o prazo prescripeicital da ação real, o art. 849, VI, incide, por analogia.

CONCEITO E NATUREZA DA HIPOTECA

§ 2.437. História e conceito

1.EVOLUÇÃO DO CONCEITO. À semelhança do que ocorreu com outros institutos, a evolução do instituto da hipoteca, atendendo a exigências das novas circunstâncias econômicas e sugestões técnicas, de ordem prática ou provindas da explicitação do sistema lógico, atingiu o próprio conceito. Compreende-se que antes de se haver alcançado o conceito de direito real de garantia e a precisão com que o tratamos hoje, tenham os sistemas jurídicos romanos garantido as dividas mediante de ações de posse, ou alienações fiduciárias, pelo devedor, como a induzi-lo a pagar, premindo-o a solver a divida. *Pignus, daUo yiguoria.* Quem empenha mete o bem nas mãos de outrem, introduz, talvez marcando-o, ferindo-o para o assinalar *(pignua, viugo)*. É possível que o interesse do devedor, em não ficar sem a posse imediata do bem do empenho, e do público, em que os bens circulem, à

<*IGUO vigtwtia* fez suceder a *conventio pignoria,* de que derivava a posse prometida, investidura a que estava adstrito o credor e se tornava exigível, com o inadimplemento da divida, pela *acão Serviasa.* Só mais tarde essa ação de comissório na posse se fez proponivel contra terceiros, portanto *in reis.*

Â posse, que se obtinha, apenas tinha efeito de constrição, de induzir o devedor ou o terceiro a solver. Ao notar-se a insuficiência da

expediente, que permanecia, a despeito do que, objetivamente, se tirava ao devedor ou ao terceiro, no plano subjetivo, começou-se de usar o *pactum commissorium,* pelo qual o credor se apropriaria do bem, ou o *paetum venditionis,* que lhe permitia, com a venda, extrair do bem o valor e com ele ou parte dele pagar-se.

O *jus vendendi* veio tornar eficiente a posse, porque lhe acrescentou poder de disposição. Aliás, a semelhante resultado levava o pacto comissório.

Com o monopólio estatal da justiça, ressaltaram os inconvenientes dos dois pactos, mas teve-se de percorrer muito tempo até que se pudessem conciliar os interesses dos devedores em que se não expusessem aos pactos comissório e de venda e os interesses dos credores em que se extraisse o valor dos bens, incumbindo-se disso o Estado e podendo o próprio credor adquiri-los, respeitadas as regras jurídicas de processo.

É possível que a hipoteca grega, com o *ius vendendi* e a ação exercivel ainda contra terceiros, haja influído na evolução do direito romano. Seja como for, a inalienabilidade do bem, cerroborada pela natureza vindicatória da adio *Sermana,* também chamada *hypotkecari<L,* atesta que se chegara aos últimos degraus da subida. A *neure Satzung* do direito germânico até aí fora.

As metas eram a ação executiva real e a prela#o. Para isso avançavam usos, juristas e leis, sem que tivessem noção exata do que buscavam, através dos séculos.

Convém que frisemos: o haver-se a ação executiva *real,* apanhando-se o bem onde se achasse, não implicaria, de si só, que o titular do penhor ou da hipoteca tivesse de ser satisfeito antes dos outros credores.

2.DiREITO MODERNO E BRASILEIRO. No sistema jurídico moderno, especialmente no brasileiro, a hipoteca dá a seqüela e a preferência, de modo que se pode vindicar e se prefere, no tocante à coisa, aos credores. O valor do imóvel é sujeito, precipuamente, à solução da divida garantida. (Direito de seqüela,~ expressão de CORREIA

„VELES, ~ o direito de seguir a coisa por onde vá, e executá-la: quem executa, onde quer que se ache a coisa, segue-a. Disse muito bem LAPAIETE RODEICIJES PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 48, que a preferência não é corolário necessário do elemento real, mas *plus* que a lei confere -à hipoteca, tanto que há direitos pessoais que são

preferentes.)

Na hipoteca, o bem gravado não passa à posse do titular do direito de hipoteca, nem esse tem direito eventual à posse. Ao direito real de hipoteca basta que exista contra os adquirente. do imóvel e, na destinação do valor que se extraia, tenha preferência em relação aos outros credores. A expressão "credores" está, aqui, em sentido de sujeitos ativos de direitos que se podem executar sobre valores, e não só de titulares de créditos (pessoais). O

dono (ou enfiteuta) do bem hipotecado ou o possuidor próprio não é o *devedor* da hipoteca, salvo como o são *todos.*

A seqüela é mais do que a executabilidade, porque qualquer credor pode executar os bens que se achem no patrimônão de quem *deve.* A seqüela permite penhorar-se o que está no patrimônão de quem não deve. O titular do direito de hipoteca tem a pretensão a executar o *bem* de que se trata, onde quer que se ache e ainda que nada deva o proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio.

A hipoteca, direito real, é direito de garantia; de modo que há crédito que ela garante. As circunstâncias econômicas, históricas e de dogmática jurídica foram-lhe atenuando a primitiva acessoriedade. LQue era o *pignua* ao tempo em que apenas, atribuindo-se posse ao credor, se pensava constranger, psíquica-mente, o devedor a pagar? ~ Que era o *pignus,* depois, e que era a hipoteca, quando ainda consistia em pretensão à imissão na posse?

zQue era o *pignua* e que era a hipoteca quando apenas o pacto de vender ou de ficar com a coisa servia de sanção ao inadimplemento?

Direito real sobre imóvel, a hipoteca é bem imóvel (Código Civil, art. 44, 1). Somente para os efeitos de empenho, a hipoteca se tem como coisa móvel (Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, art. 1.0). Na doutrina anterior, por injustificada influência da doutrina francesa, LAFAIETE RODEICUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 46) admitia que, por ser móvel o crédito garantido, não precisasse de assentimento do outro cônjuge aquele que a quisesse transferir.

Direito real *restringente,* e não *limitativo* do domínio, a hipoteca de modo nenhum corta o domínio, de modo nenhum o desmembra. Apenas se lhe restringe a disponibilidade quanto ao valor que ela garante: do domínio pode dispor o dono; da enfiteuse, o enfiteuta; e da posse própria, quem a tem sobre o bem gravado, não do valor, que está subordinado, *erga omites,* à seqüela e à preferência.

Seria erro dizer-se que, na arrematação judicial, por execução forçada, seja o dono (ou o enfiteuta) o *vendedor* (sem razão, LAFAIRTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 46, nota 11). Quem aliena é o Estado, o juiz; o poder de dispor vem-lhe da pretensão a executar, que tem o titular do direito de hipoteca, e a esse prometeu o Estado tutela jurídica (pretensão à tutela jurídica). O ato é do juiz, do Estado, que executa, forçadamente, porque o devedor não executou voluntàriamente "... emptor sub hasta possessionem cepit a manu ludicis, cuius iussu et mandato facta fuit pignoratio, per quam possessio remansit penes curiam, et ablata possessori" (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commeittafla,* 111, 293), modo de dizer que sobreleva aos que mais claros foram a respeito até então, como L. POSTIUS *(De Subhattio~,* insp. 44, ns. 12 e 13).

A alienabilidade do bem gravado satisfaz a exigência da circulação dos bens. A constituibilidade do direito de hipoteca sem a posse pelo titular obvia a inconvenientes dos gravanfl5 que tiram a posse ao constituinte dos direitos reais e posteriores adquirentes.

Alienável, como é, o bem gravado, sobre ele podem ser constituídos outros direitos reais, que apenas ficam sujeitos 80 principio da prioridade.

A hipoteca não retira a executabilidade e desapropriabilidade do bem gravado. Sobre bem hipotecado pode recair penhora. Se há hipoteca ou hipotecas, o titular ou os titulares tem de ser notificados da arrematação, segundo o Código de Processo Civil, art. 971.

8.ALIENação DO BEM GRAVADO E DIREITO SOBRE DIREITO. O devedor, que deu garantia hipotecária, pode alienar o prédio, e constituir sobre ele, mediante novo título, outra hipoteca em favor do mesmo, ou de outro credor. Também lhe e permitido constituir outro direito real, inclusive servidão (art. 836, *verbis* "duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real"). O valor, a que se refere a garantia hipotecária, é o anterior a todos os direitos reais registrados posteriormente a ela. Devemos separar, todavia, as espécies: a) *Alienação.* Ao proprietário é livre alienar o prédio hipotecado. A hipoteca, direito real, segue a gravar o imóvel, independentemente de quem seja, no momento, o dono do prédio. Quanto ao *pactum de non alienando,* dava ele ação pessoal de restituição ou de indenização, sem qualquer vedação de alienar (nulidade), portanto sem qualquer eficácia real *(L.* 61, D., de *pactia,* 2, 14). No direito medieval, discutia-se, invocando-se a L. 7, § 2, D., *de diatractione pignorum et hypotkecarum,* 20, 5 (cf. B. WINDSCHEID, *Lehrinwh,* 1, 9.‟ ed., 904),

texto que deu ensejo a copiosa literatura, que ora sustentava a nulidade, ora o tinha por interpolado, ora o lia como se só referente a penhor dado por terceiro (seu devedor), tese de E. PAGENSTECHER *(Pie rilmia cite Lehre vom Eigentum,* 1, 62). Os direitos particulares alemãs admitiram a inscrição do pacto; e o direito prussiano só proibiu o *pactum de iwn ara plius pignorando.* O art. 1.723 do Código Civil brasileiro permitiu a cláusula de inalienabilidade *ainda* a respeito das quotas dos herdeiros necessários. O pacto entre o credor hipotecário e o devedor hipotecário vale, porém como pacto do negócio jurídico de que nasce o crédito, ou adjecto a esse.

Portanto, iniscritivel no registro de imóveis.

b) *Pacto de mio hipotecar a outrem* (hipoteca posterior). O *pactum de non amplius pigtwrando (hypotkecando)* vale, se o art 812 é dispositivo; não vale, se é cogente. Ora, o art. 812 é cogente; de modo que não se pode dar *validade* e conferir eficácia *real* a tal pacto. Somente é eficaz no plano do direito das obrigações.

e) *Outros direitos reais.* A proibição de constituir sobre o imóvel outros direitos reais não pode ser inscrita. Vale e *é* eficaz, no plano obrigacional.

Vale a cláusula de que o crédito se vença se o dono do prédio o aliena, ou o grava ulteriormente (MTÃ1ZTIN

WOLFF, *Ukrbuch,* III, 503).

A hipoteca é indiferente a quaisquer atos de alienação do domínio e a quaisquer atos que venham a causar aquisição do domínio por outrem. Nela, há garantia contra os atos de alienação; e garantia de prelação ou preferência, em qualquer Circunstância de concurso de credores. Gravado está o valor, porque gravado está o bem. A garantia que a hipoteca produz é a garantia real. Tal garantia existe à parte ou preexiste à pretensão à execução, que toque ao crédito garantido. Nada mais perturbante da inteireza do sistema jurídico do que se escrever que, constituída por terceiro a hipoteca, o que se confere ao credor é o que ele não teria se constituinte do direito real de garantia tivesse sido o próprio devedor. Não há qualquer diferença. Se a hipoteca foi constituída pelo credor, há para o crédito a pretendo à execução sobre os bens do devedor e, para a garantia, sobre o bem gravado. Se a hipoteca foi constituída pelo terceiro, há para o crédito a mesma pretensão à execução sobre os bens do devedor e a pretensão sobre o bem gravado. Nada muda. Se devedor e credor, ou terceiro e credor fazem pacto pelo qual sOmente responda quanto a determinado

bem, não há, ai, qualquer efeito que se assimile à hipoteca; tanto que, transferida a propriedade do bem, nenhuma conseqüência tem o pacto A confusão entre a executividade do crédito, como titulo extrajudicial, ou após sentença, e a executividade da hipoteca levou a erros graves. Um deles é o de se entender que apenas se "localizou" no bem a pretensão à extensão, que há em todo crédito. Foi essa afirmação que levou a sustentar-se a impossibilidade de se garantirem com hipoteca ou com penhor ou com anticrese as obrigações naturais e as obrigações prescritas.

No direito brasileiro, o terceiro adquirente responde pelos danos causados ao direito de hipoteca, inclusive, pois, ao valor do bem gravado, como o constituinte da hipoteca. Igualmente, o credor que não é dono do bem ou enfiteuta ou possuidor próprio. A relação jurídica real da hipoteca é entre titular do direito de hipoteca e todos.

Todos têm o mesmo dever de abstenção. Nos sistemas jurídicos em que se dão tratamentos diferentes ao constituinte, ao terceiro adquirente e ao possuidor próprio, é evidente que ainda se não desprendeu o pensamento legislativo da suposição da existência de vínculo entre o titular do direito de hipoteca e o constituinte, ou entre aquele e o constituinte ou o adquirente. O -fato de ser alguém dono (ou enfiteuta) do bem gravado não o põe na situação de único sujeito passivo, o que faria do terceiro constituinte ou do adquirente do prédio *devedor.* Essa concepção, falsa, foi superada desde muito.

Quando o titular do direito de hipoteca pede a tutela jurídica e se inicia a ação executiva, não é o crédito que ele executa; é a hipoteca. Pode cumular os pedidos, o que teria conseqüências diferentes. Se, na ação executiva, verifica que a posse está com outrem, tem de ser recuperada pelo depositário ou por atos processuais que sejam exercício da ação de reivindicação que, com o domínio, foi penhorada. A execução hipotecária não vai, automaticamente, contra essa posse, porque no sistema jurídico a posse é protegida. Nem se pode atribuir à hipoteca, com a sua publicidade, o efeito de impedir tomadas e transferências de posse. O dano que ao valor do bem gravado possa causar a posse por outrem somente haveria de ser afastado ou ressarcido *como* o poder ser por parte do dono. Por isso mesmo, toda alusão ao adquirente da propriedade como se só ele fesse o sujeito passivo da relação jurídica destoa do conceito mesmo de hipoteca.

Quando se penhora o bem gravado, penhoradas ficam as ações de reivindicação e as ações possessórias.

Se o credor, que é titular do direito de hipoteca, não exerce a ação de

execução hipotecária (Código de Processo Civil, art. 298, VI, 2.8 parte), mas apenas a ação executiva de titulo extrajudicial pessoal *(e. g.,* Código de Processo Civil, art. 298, XII), a ação que pode propor contra o possuidor em próprio nome é a que toca *ao devedor.*

Proposta a ação de execução hipotecária, o valor do bem, como se possuído por estranho não estivesse, é destinado à solução da hipoteca: o possuidor atual, não-dono, não pode pretender mais do que lhe caberia se já houvesse usucapido. Com essas noções claras, evita-se ter-se de propor ação de reivindicação ou possessória, pendente a execução. Se a posse própria estivesse com o proprietário (ou com o enfiteuta), a ação executiva estabeleceria três posses: *a>* a posse própria do dono (ou do enfiteuta); a posse mediata do Estado <juiz); a. posse imediata do depositário; ou *b)* a posse própria do dono (ou do enfiteuta>; a posse mediata do Estado (Juiz); a posse imediata do dono (ou enfiteuta) depositário. Devido a, *extheai,* não ter posse o dono ou enfiteuta, em lugar daquele ou disse estará o possuidor próprio não dono. Tudo foi penhorado, domínio e posse, porque se penhorou o bem, para se lhe extrair o valor. Se o bem é *nultius,* não se altera a situação jurídica: penhorou-se o bem, para se lhe extrair o valor, abstraindo-Se de não ter dono, porque sujeitos passivos da relação jurídica real são todos, e não (só) o dono do bem gravado.

Quem executa hipotecariamente não precisa reivindicar, nem agir possessoriamente. A hipoteca não se dirige contra o possuidor próprio como não se dirige contra o adquirente do bem gravado, ou contra o constituinte da hipoteca: dirige-se contra todos.

§ 2.438. Definição

1.HIPOTECA, DIREITO REAL DE GARANTIA. Para se definir hipoteca tem-se de atender ao que resulta do sistema jurídico, ainda que se deixe de lado o que nas leis não corresponde ao que se concebeu, em suas linhas principais.

No direito brasileiro, *hipoteca* é o direito real de garantia, que grava imóvel ou bem a que a lei aponta (Código Civil, art. 810) como hipotecável, sem passar ao titular do direito a posse do bem ou dos bens.

Dissemos:sem passar ao titular do direito a pose do bem ou dos bens. Nem lhe cabe a pretendo à imissão na posse, que, como se mostrou;

esteve, a certo momento da evolução do instituto romano, à base da construção jurídica; nem, tio-pouco, o direito eventual à posse, por falta de adimplemento. Por outro lado, pode dar-se que o titular do direito de hipoteca tenha posse do bem gravado, sem que isso, estranho à hipoteca, influa em seu direito. O contrato ou pacto pelo qual o dono do bem gravado (ou o enfiteuta), ou o possuidor próprio dá posse ao titular do direito de hipoteca para que possa pagar-se de interesses ou do próprio capital, não torna anticrese o que se inscrevera como hipoteca. Tal pacto não é inscritível, nem averbável. Se os figurantes lhe querem dar eficácia real, têm de recorrer aos institutos do usufruto, do uso, ou da renda sobre imóvel.

2.HIPOTECA COM INTERÉSSES. Os interesses, na hipoteca, são parte do débito, posto que não se livrem da acessoriedade. O art. 846, II, do Código Civil refere-se, explicitamente, aos juros estipulados.

Quando se diz que a hipoteca recai sobre o valor, emprega-se elipse que pode prejudicar a construção jurídica. A hipoteca recai sobre o bem, no sentido de tornar sujeito ao grava-me o valor, em vez do uso, do fruto ou da renda.

Quando se aventura, por exemplo, a proposição na hipoteca, o dono pode dispor do que excede o valor da hipoteca *(e. g.,* L. Covizllo, *Deite I7poteche nel diritto civile italia.rto,* 3), toma-se o valor pela coisa, pelo domínio. O dono do bem gravado de hipoteca pode dispor do domínio, cujo valor, devido à hipoteca, como devido a qualquer outro direito real limitado, diminui de a,. Não é por ser hipotecado e, na hipoteca, como no penhor ou na caução, se falar de valor, que o valor do domínio decresce. Decresceria também se gravado de usufruto, de uso ou de habitação, ou de enfiteuse. Se o enfiteuta hipoteca o direito enfitêutico, o domínio não registra qualquer minoração de preço: a suficientemente é que se desvaloriza. Se é o senhorio quem hipoteca o domínio, a enfiteuse continua incólume, como direito e como valor:

O domínio é que passa pela diminuição, pelo fato de ter sido constituído sobre ele o direito restringente.

Na doutrina de alguns povos, com a vez de inovações para efeitos retóricos, ou efeitos de discussão, procurou-se negar que a hipoteca seja direito real. Mais: chegou-se ao extremo de se proclamar que não existem direitos reais de garantia. Juristas houve que foram ao extremo de afirmar que a hipoteca só é instituto de direito processual, como se fesse possível deixar-se de ver tudo que se passa em torno ao bem gravado e nas

-abstenções de todos antes de qualquer exercício da pretensão à tutela jurídica. Todos esses pontos, de academismo fácil e de mau gosto, são estranhos *à* ciência. Por outro lado, chocantes para a seriedade da doutrina luso-brasileira e brasileira.

O dono ou enfiteuta, que dispõe do domínio ou da enfiteuse, dispõe do que é seu, e o que é seu nada tem com o direito oriundo do gravame. Em verdade, se comparamos a situação do adquirente e a do alienante que constituiu a hipoteca, o que se torna evidente é que àquele nasce, em virtude do art. 766 do Código Civil, direito que Esse não tinha: o de remição.

A pretensão à execução, que tem o titular do direito de hipoteca, no tocante ao bem gravado, resulta do direito real, e não do direito garantido. Por isso mesmo, não se dirige somente contra adquirentes do domínio: dirige-se contra todos e, processualmente, contra quem está com o domínio ou com domínio e a posse do bem gravado, ou apenas com a posse. No novo Código Civil italiano, procurou-se evitar alusão ao possuidor. Mas isso não pode ter conseqüências em ciência, ou os. intérpretes terão de enveredar por trilhas bem tortuosas. O bem gravado pode ser *nzdliu8* e alguém se achar na posse dele. Mais: o bem pode ter proprietário e haver possuidor, cuja posse não se pode desconhecer, cabendo àquele a pretensão reivindicatória. De qualquer maneira, com a penhora, a que se proceda, não se pode recusar respeito à posse própria de alguém: só judicialmente se pode afastar o obstáculo, segundo os princípios. O Estado penhora, sem retirar a posse própria e, de regra, sem desalojar da posse imediata o possuidor, nomeado ou não depositário.

3.DIREITO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. A distinção do direito privado em civil e comercial é distinção já superada, em que insistem mentalidades correspondentes a séculos passados. Os maiores comerciantes de hoje não são “comerciantes”: são órgãos ou são acionistas de empresas industriais, mercantis ou bancárias em negócios jurídicos comerciais, como os cambiários e os cambiariformes, figuram hoje pessoas que nao comerciam. No Código Civil, houve por bem o legislador cortar cerca qualquer diferença que se pretendesse existir entre os negócios hipotecários dos comerciantes e os negócios hipotecários de todas as outras pessoas. Diz o art. 809: “A lei da hipoteca é a civil, e civil a sua jurisdição, ainda que a divida seja comercial, e comerciantes as partes”.

CAPITULO II

OBJETO DA HIPOTECA

§ 2.439. Limitações quanto ao objeto

1. BENS IMÓVEIS. A regra é só serem objeto de hipoteca os bens imóveis, e isso está dito no Código Civil, art. 810, 1. O art. 810, IV, permite que se grave o direito enfitêutico, que também se tem como bem imóvel (art. 44, 1). Lê-se no Código Civil, art. 810: "Podem ser objeto de hipoteca: 2. 1. Os imóveis.

3. II. Os acessórios dos imóveis continuamente com eles.

4. III. O domínio direto.

5. IV. O domínio útil.

6. V. As estradas de ferro.

7. VI. As minas e pedreiras, independentemente do solo onde se acham.

8. VII. Os navios (art. 825) „. Há, ainda, as aeronaves.

2.PARTES REAIS E PARTES IDEAIS. Se quer hipotecar *parte real* do imóvel, tem-se de promover, antes, a averbação do desmembramento, conforme o art. 285 do Decreto n. 4.857. Todavia, se foi inscrita a hipoteca sem se proceder a essa averbação, não é nula a inscrição da hipoteca e opera-se o desmembramento (G. PLANCK, *Kommenta.r, III, 3,* 4.~ ed., 777).

No tocante à parte ideal, o problema é mais sutil. No direito civil alemã o, há o § 1.114, que diz: "Parte ideal de prédio somente pode ser gravada de hipoteca se consiste em parte de comproprietário" Não há no sistema jurídico brasileiro tal regra jurídica, mas é de entender-se implícita porque não consta do registro qualquer comunhão *pro indiviso.* Exatamente, na espécie, se supõe a propriedade exclusiva de um: o proprietário somente pode hipotecar o que consta do registro, que é o imóvel, e não a *varte ideal,* que não consta. Dá-se o mesmo em relação ao herdeiro esse, se único, não pode gravar parte da herança; se co.herdeiro (comuneiro em mão comum), pode gravar parte, porque, se a herança, no direito brasileiro, é bem ixn6vel, a parte ideal é gravável, devido à regra jurídica que se tem por implícita no direito brasileiro. O proprietário exclusivo que seja fiduciário quanto a

uma parte e proprietário sem fidúcia quanto à outra pode gravar a essa ou aquela. O fiduciário de parte pode alienar a parte fiduciária4 portanto, pode gravá-la, mas acaba o gravame quando acaba o fideicomisso.

O gravame da parte ideal não se torna ineficaz se o com proprietário passa a ser dono único. Faz-se proprietário único, mas perdura a hipoteca da parte, até que se dê o cancelamento.

3.PARTES INTEGRANTES DO BEM IMÓVEL. A hipoteca apanha todas as partes integrantes do bem gravado, essenciais ou não essenciais, corpóreas ou incorpóreas, e não importa se a aquisição ou integração já ocorrera antes da constituição da hipoteca, ou se sobreveio. O principio independe de letra de lei, porque resulta da definição mesma de parte integrante. Sobre o conceito de partes integrantes. Tornos II, §§ 124, 2, 127-131,

~1.090,2, Xi, § 1.189, XII, § 1.850, 8, XV, §§ 1.724 e 1.769,3.

Lê-se no Código Civil, art. 811: "A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel". As construções transitórias não se incluem.

São partes integrantes incorpóreas os direitos às servid5es e o direito de renda sobre imóvel a favor do proprietário de outro imóvel (ditos direitos sub gectivamente reais). Os frutos colhidos e os materiais de demolição do edifício construído no prédio gravado só se subordinam ã hipoteca enquanto pertencem ao dono do prédio gravado (ou ao enfiteuta) ou do possuidor em nome próprio (P. MET‟flER, *Die Pfandh*ILttUflQ der Fritohte [MieL- und poxhtziiut3 eiflSh imqnobile,* 29 s.; E. ENDEMANN, *Lehrbttch,* ii, *1,* 8Y-9Y ed., 788, nota 21). A separação dos frutos exclui a incidência da hipoteca, ainda que a transferência OU mudança de titularidade seja a favor de titular de direito real de grau inferior ao da hipoteca de que se trata. É o caso dos frutos adquiridos pelo usufrutuário ou dos frutos-uso ou dos frutos.habita~o adquiridos pelo usuário ou pelo habitador (RODEWALD~ *Das Niessbrauchrecht* an *GritndStiiCkeS* jn *der Zwa %gSVersteÉOeruno und Zwangsvenvaitflflu.*

26 a.; Pie ~ypothel<eflhaftung der ~ *Grzwhots Beitrt~tge, 49,* 541 s.; R. FALKMANN, *ZwangsvOllatreckztflil,* 603; GoLDMANN~LILI~TEAL, *Das Bi.irgerlichf ~ i,* § 74, nota 29; sem razão: E. KOBER, *J.* V. u *ding6rS*

Kom9flefltar, III, 727; J. BIEEMANN, *Sachenredtt,* 459; II.

164). Depois da penhora~ os frutos são atingidos, e o usufrutuário, cujo direito real é posterior à hipoteca, não tem direito aos frutos.

Se o bem estava arrendado, ou locado, os frutos, que se separarem, pertencem ao arrendatário ou locatário, de modo que a execução forçada os não atinge. Na execução de hipoteca, em se tratando de arrendamento ou de locação, os frutos são substituídos pelos alugueres, que são a contraprestação do arrendatário ou locatário. Não se dá o mesmo no usufruto, no uso e na habitação.

Sempre que partes integrantes separadas continuam subordinadas à execução hipotecária, pode o titular do direito de hipoteca seqüestrá-los, cautelarmente, ou penhorá-los.

Se a separação se deu antes da constituição da hipoteca, não há pensar-se em que embora continuem de propriedade do dono ou possuidor em nome próprio do bem gravado a hipoteca abranja o que fora separado (J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 460; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 818; sem razão, K&RL KOBER, *J. v.*

Staudingers Kommentar, III, 127).

Os frutos deslocados, definitivamente, do prédio e já inclusos no que pertence à empresa, ainda que dessa o dono do prédio gravado de hipoteca seja empresário, ou um dos empresários, não podem ser penhorados como partes integrantes do bem hipotecado, salvo se foram hipotecadas as pertenças (Código Civil, ad. 810, II) e se são pertenças (cf. O. WAItNEYER, *Kommentar,* II, 824).

a) Cumpre atender-se a que, estando *no prédio* o fruto ou outra parte integrante, a simples compra e venda não é alienação. A transferência da propriedade pode não se ter dado (= não ter sido cumprida a obrigação do vendedor). Dai surgir a questão da eficácia da *penhora* por parte do vendedor. Seria ferro pensar-se que tal penhora se poria em grau superior à. hipoteca (sobre isso, KONIUD SCHNEIDER, Zur Geschichte und Auslegung des § 1121 Abs. 1 8GB. in Hinsicht auf Zuberhdrstúcke, *Jherings Jahrb'licher,* 58, 175 s.); antes da penhora já *gravado* está o bem. Dá-se o mesmo em caso de medida cautelar. Indo a hasta pública os frutos, o credor hipotecário tem de ser satisfeito, se a divida venceu, ou se há perigo em que não baste o resto do imóvel (art. 762, 1 e II).

b)Se os frutos ou outros produtos foram afastados do prédio *antes* da alienação e o credor hipotecário, antes dessa, os *penhora* ou sobre eles exerce *medida* cautelar, continuam sujeitos à hipoteca. No direito brasileiro, não há proteção do terceiro, ainda de boa fé, que se diz adquirente se a aquisição seria após a medida constritiva *(e. g.,* penhora) *eficaz.*

c)Se houve afastamento e alienação, ou alienação e afastamento, antes de ação do titular do direito de hipoteca, essa é intempestiva.

d)Se os frutos se acham *no prédio* (= não foram afastados), mas já os alienou o dono do imóvel, enfiteuta ou possuidor próprio, depende de ter havido, ou não, transmissão da posse (tradição) saber-se se o titular do direito de hipoteca continua, ou não, com o direito sobre eles. (No direito alemão conforme o § 1.121, alínea 2.~, 1~a e 2.~ partes, do Código Civil alemão, a solução é diferente: se a alienação foi antes do afastamento, o adquirente não pode opor ao titular do direito de hipoteca ter estado de boa fé, isto é, ter ignorado a existência de hipoteca; se retira a coisa após a penhora hipotecária, a penhora só tem eficácia contra ele se estava de má fé.) Nenhuma importância tem o ter estado, ou não, de boa fé quem adquiriu: se houve a tradição, adquiriu; se não houve, não adquiriu. O direito brasileiro só atende a se ter ou não se ter operado a aquisição. A posse, no sistema jurídico brasileiro, é que dá a publicidade à transferência da propriedade imobiliária, inclusive se houve constituto possessório.

e)Quanto às partes integrantes do solo, a separação definitiva é que desprega do imóvel gravado o que se lhe retirou. Não é preciso afastamento, elemento puramente espacial. Todavia, o que se separa por *ato de administra ção irregular* continua sujeito à hipoteca enquanto alguém não adquire o que se cortou, desprendeu, arrancou ou se derrubou, *e.* g., árvores, pedras. Na dúvida, a separação tem-se por provisória.

f) Nas espécies c), d) e e), o negócio jurídico pode ser atacado por alguma causa, que ocorra, de nulidade, ou de anulabilidade (O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 826), ou de ineficácia (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52, III), ou revogação (Decreto-lei n. 7.661, art. 53).

A reserva de propriedade não é alienação, de modo que apenas nasce ação para separação e retirada da parte integrante (KARL KOBER, 1. *v. Staudingers Kommentar,* III, 784).

Se o imóvel está alugado ou arrendado, a hipoteca estende-se aos créditos de aluguer, como frutos (civis) do imóvel. O princípio de sub-rogação basta para explicá-lo: como os frutos e uso têm de ser objeto da hipoteca enquanto não os adquire outra pessoa, a submissão do fruto e do uso a outrem com contraprestação implica que os frutos civis se sub-roguem aos frutos e ao uso. Para que isso se dê, é indiferente quem contra-presta, inclusive se o locatário é o próprio dono ou enfiteuta, como se houve constituição de usufruto, ou se o locatário sublocou o bem ao dono ou enfiteuta. Salvo, subentende-se, se a hipoteca é de grau inferior ao usufruto <MARTIN WOLFP, *Lehrbuch,* III, 27~-82.~ ed., 485). Só estão subordinadas ao gravame as pretensões, não o aluguer cobrado, ou depositado em nome do locador.

O titular do direito de hipoteca pode penhorar as pretensões a alugueres, ainda que haja usufrutuário, que seja o locador, se o usufruto foi posterior à constituição de hipoteca. O que já foi recebido por antecipação <aluguer adiantado) não é penhorável. Se o locador transfere a pretensão ao aluguer, ou a grava (penhor de crédito), ou foi adjudicada a alguém, a hipoteca deixa de recair em tal pretensão.

A constituição de usufruto após a hipoteca não produza *distorção* dos alugueres, de modo que as *pretensôes* escapem à hipoteca (O. SnECKER, em G. PLANa, *Kommentar,* III, 4~B cd., 827; E. HÂGELBERO, *Ãbtretung und Pfitradung von Mieten,* 40; RODEWALD, *Das Nieasbraucharecht as Grundstitckenis der Zwangaversteigerung und Zwangsverwaltung, 47;* sem razão, A. NUSSBÂUM, *Das Niessbraucharecht,* 70 s.; STXLLSCHWEIG, Der Niessbrauch im Widerstreit mit anderen Rechten ander Mietzinsforderung, *Juristische Wochenschrift,* ~9, 201). O usufruto anterior à hipoteca prefere quanto aos alugueres.

4. PERTENÇAS. Quanto às *pertenças,* tem-se de dar atenção à lei brasileira (Código Civil, art. 810, II) : “Os acessórios dos imóveis” (leia-se “as pertenças”) “conjuntamente com eles”. Não basta hipotecar o imóvel para que hipotecadas fiquem as pertenças. O que a lei permite é que conjuntamente se hipotequem. Embora bens móveis, podem ser objeto de hipoteca se assim se estabeleceu no ato constitutivo. Não se pode invocar o art. 58

para se dispensar a declaração de vontade a respeito das pertenças. Nem o art. 864.

O direito brasileiro não estatui, dispositivamente, que as pertenças

entrem no objeto do gravame. É um ponto, esse, digno de toda a atenção. No art. 810, 1, falou-se de "imóveis"; no art. 810, II, de "acessórios" (= pertenças),

"conjuntamente com eles" (imóveis). Tal solução de técnica legislativa tem conveniências que facilmente se apontam. As pertenças ou são de propriedade do constituinte da hipoteca ou são alheias. As pertenças de propriedade de terceiros não podem ser submetidas à hipoteca, ainda que nisso consinta o dono delas. Tão-

-pouco, as pertenças que sejam de compropriedade do constituinte da hipoteca. Quanto às pertenças de propriedade do constituinte da hipoteca, têm de ser mencionadas, para que se saiba o que entra no objet6 do gravame.

Os sistemas jurídicos que redigiram regra jurídica dispositiva *(jus dispositivum),* como o alemão (Código Civil alemão, § 1.120, 2.~ parte), expõem titular do direito de hipoteca e proprietário do bem gravado a freqüentes discordâncias a respeito de haver relação de pertinencialidade ou de se ter iniciado tal relação antes ou depois da constituição da hipoteca. Para que se dê a *hipoteca conjunta,* de que se cogita no art. 810, II, é preciso que no ato constitutivo se diga que as pertenças se incluem e quais sejam, e conste da inscrição.

Observe-se, porém, que às vezes se trata de partes integrantes "separadas", como os materiais separados provisoriamente do imóvel para neles se reempregarem (ad. 46, cp. art. 49) e o que, dentre os frutos, é necessário para a próxima semeadura ou plantio (ad. 43, III).

Ou o bem tem valor, que se pode referir, ou tem de ser estimado. A estimação faz-se por acordo entre as partes.

O bem gravando tem de ser descrito e apontado por sus denominação, se a tem, e por suas características. A indicação do lugar da situação é indispensável, por se tratar de imóvel.

A hipoteca também se estende às pretensões (primeira sub-rogação) provenientes de seguros e à pretensão respectiva. Para isso basta que o bem gravado esteja seguro a favor do dono do imóvel (ou do enfiteuta) ou do possuidor em nome próprio, ou se trate do seguro referido no art. 785 ou imposto no ato constitutivo do usufruto pelo dono do prédio. Idem, quanto à pretensão e à indeniza$o que seja paga pelo responsável pelo ato ilícito ou pelo ato-fato ilícito ou pelo fato ilícito stricto *sensu.* As regras jurídicas são comuns ao penhor, à hipoteca e à anticrese (Código Civil, ad. 762, § 1.0).

5. SUB-ROGAÇÕES REAIS. O que se compreende no objeto da hipoteca pode danificar-se, ou destruir-se. A destruição ou desaparição do terreno é de difícil ocorrência. O ad. 762, IV, do Código Civil prevê que isso aconteça, dando ensejo ao vencimento antecipado da dívida, salvo se há (ad. 762, § 1.0) pretensão à indenização, por seguro ou por pretensão contra o responsável. No § 2.0 do ad. 762 distinguem-se a hipoteca sobre dois ou mais objetos e a hipoteca sobre um só objeto: ali, enquanto algum ou alguns dos objetos subsistem, a hipoteca não se vence, no que corresponde aos objetos incólumes. As regras jurídicas do ad. 762, II, referem-se às indenizações por seguro, por ato ilícito, ato-fato ilícito ou fato ilícito *stricto seneu,* ou por desapropriação.

(a) O proprietário, enfiteuta ou possuidor próprio não tem dever de segurar o bem hipotecado. Se o bem gravado foi segurado, o titular do direito de hipoteca tem direito hipotecário sobre a pretensão e à indenização paga, porque se dá a sub-rogação do bem ou da parte do bem sinistrada. Ocorre o mesmo a respeito da indenização pelo responsável pelo dano. A hipoteca abrange o seguro desde o dia em que esse foi contratado, ou com a constituição da hipoteca, se já estava seguro o imóvel (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 884; E. REINBECK, *Die Haftung der Versicherungsforderung flir .Fkypotheken und Grundschulden,* 88 s., K. KOBER, *J. vou Staudingers Kommentar,* 746; sem razão, KONRAD SCHNEIDER, Bemerkung zum Versicherungsvertrags..Gesetz, *Leipziger Zeitschrift,* III, 506).

Se ao tempo da constituição da hipoteca já estava destruído ou danificado o bem, a hipoteca não abrange a indenização. Nesse ponto, há discordâncias na doutrina (como dissemos: KONRAD SCHNEIDER, Zur Auslegung des § 1128 im Búrgerlichen Gesetzbuche, *Archiv flir die civilistische Prazis,* 90, 470; 3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 471; OELERT, *Real kredit und Feuerversicherun g,* 68 5.; contra: TURNAUFÕRSTER, *Das Liegerwchaftsrecht,* 83 ed., 1, 805; H. WILLENBÚCHER, *Das Liegenschaftsrecht,* 171; OTTO

HAGEN, Die Haftung der Versicherungsforderung «ir die Hypotheken, *Jherings JahrUicher,* 51, 90); mas à superação é fácil de chegar-se se atende a que a hipoteca há de abranger tal pretensão, ou, até, tal indenização anterior à constituição da hipoteca, se é o que se há de entender do acordo de constituição e da inscrição. *Na dúvida,* não se considera inclusa na hipoteca a indenização recebida e não destinada, mas é de ter-se como gravada a pretensão, ainda se já exercida a ação de cobrança. Se na apólice de seguro só está obrigado o segurador a pagar a indenização "para reconstrução ou para a reparação", tem-se

por hipotecado o bem imóvel *mais* a indenização (MARTIN WOLrF, *Lehrbuch,* III, 488, nota 85).

O proprietário, enfiteuta ou possuidor em nome próprio há de ser o segurado, sem que se lhe exija ser o contraente do seguro. Note-se, porém, que o titular do direito de hipoteca não tem a qualidade de segurado.

A hipoteca recai no crédito de seguro, na pretensão e, finalmente, na indenização, quaisquer que sejam os objetos segurados e quaisquer que sejam os riscos que o seguro cubra. Se as pertenças são atingidas pela hipoteca, também se dá a sub-rogação real, total ou parcial, pela pretensão e, finalmente, pela indenização. Não é preciso que no contrato de seguro ou em pacto posterior se haja aludido à hipoteca.

(b) Quanto à pretensão e à ação de indenização por danos causados a qualquer dos objetos ou a qualquer parte dos objetos hipotecados, o titular do direito de hipoteca tem pretensão própria contra o responsável (O. WARNEYER, *Kommeni ar,* 1, 1306, . II, 887). Também aqui a sub-rogação se dá e houve por bem o legislador brasileiro submeter ao mesmo princípio a Indenização por seguro e a indenização por dano causado aos objetos hipotecados (Código Civil, ad. 762, § 19, *verbis* "estando ele seguro ou havendo alguém responsável pelo dano"). Também não importa se a ação foi proposta pelo dono do bem, enfiteuta ou possuidor próprio, ou se o foi pelo titular do direito de hipoteca. A ação desse somente pode ser até a concorrência do crédito hipotecário, posto que possa iniciá-la pela indenização total, sendo litisconsorte necessário o dono, enfiteuta ou possuidor próprio.

Ainda que se dê a reparação, ou a reconstrução, a pretensão do dono, enfiteuta ou possuidor próprio continua a mesma, se não foi o segurador, ou o responsável pelo dano que a fez, ou custeou; mas a hipoteca deixa de incidir na pretensão ao seguro e, portanto, na indenização respectiva, ou na pretensão à indenização pelo responsável, desde e na medida em que o bem ou os bens foram reparados ou reconstruídos (J. BIERMANN, *Saehenrecht,* 472; G. PLANCK, *Komment ar,* III, 835; sem razão: E.REINBECK, *Die Haftung der Versicherungsforschuttg flir Hypotheken und Grundschulden,* 117 5.; SIMON, *Der ver-* e *sicherungsrechtlwhe Schutz des H~pothekengláubigen,* 86).Se foi empregada com o mesmo fim de reparação, ou reconstrução, a indenização total, ou parcial, ou se não foi invertida,ou se o foi sem a destinação específica que tinha, não pode ser discutido pelo titular do direito de hipoteca se o valor foi recomposto em proporção (cp. C. GIRTH, *Die Rechte desHypothekengWubigers au eirter Forder'ung*

gegeu deu Versiche-rer, 68; OmaT, .*Realkredit zcnd Feuerversicherung,* 116 s.). Se o seguro não basta para a reparação, ou para a reconstrução total, a pretensão do dono, enfiteuta ou possuidor próprio < ou do usufrutuário, conforme já dissemos) se extingue e a hipoteca sofre a mesma diminuição no seu objeto. O titular do direito de hipoteca não tem ação para a reparação ou a reconstrução (O. WARNEYER, *Kounmentar,* II,837); mas pode exigir o depósito, cautelarmente, ou com medida indicada por ele, devido ao seu interesse na quantia paga. Pode resultar de pacto a pretensão à reparação ou reconstrução ((1. PLANCK, *Kommentar,* III, 836). Pode exigir o reforço. Se discute se houve reparação ou reconstrução completa, ou se foi ou não invertido todo o importe da indenização, o ônus da prova incumbe ao dono, enfiteuta ou possuidor próprio (KARL ROBER, *3'. v. Staudingers Kommertar,* III, 747; H.WILLENBUCHER, *Das Liegenschaftsrecht,* 171; TURNAUFÕESTER, *Das Liegenschaftsrecht.* 1, 807).

(c)Se ocorre desapropriação do bem ou dos bens gravados, a hipoteca considera-se vencida (Código Civil, art.

762, V, e § 2.0), quanto ao bem ou bens desapropriados.

(d)A hipoteca de *pertenças,* coisas e direitos, que acompanha a hipoteca do imóvel (Código Civil, art. 810, II), pressupõe a existência interna de ligação; mas, se é alienado na execução o prédio, ou se houve total destruição dele, com ou sem indenização, a hipoteca do prédio acaba sem que acabe a dos bens móveis, que eram partes integrantes e se tornaram pertenças, ou que eram pertenças (O. STRECKER, em G. PLANCK, *Roramentar,* IV, 904; O. FISCRER e L. SCHÀFFER, *Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckintg in das unbewegliche Verrndgen.,* § 161; sem razão: M. E. EccIus, Hypothek an beweglichen Gegenstinden, *Griichots Beitrdge,* 48, 470; F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, 2, 783, nçta 21).

A hipoteca dos *resíduos* das estradas de ferro (Código Civil, arta. 810, V, 852-855), das minas e pedreiras (art.

810, VI) e dos navios (arte. 810 e 825), se acabaram os objetos ou se extinguiu a hipoteca quanto ao que era o bem-cerne, pode perdurar (MARTIN WOLFF, *Lehrbueh,* III, 491, nota 50).

Se a hipoteca foi cancelada injustificadamente e a propriedade do imóvel foi transferida, livremente, a quem confiou no registro sem gravame, dá-se a extinção da hipoteca desde o momento em que se procede à transcrição do titulo de aquisição da propriedade não-

gravada. Todavia, a hipoteca das pertenças só desaparece quando, segundo os princípios que regem a transferência da propriedade delas, terceiro lhes adquire o domínio.

e

6. PATRIMÔNÃOS E HIPOTECA. Posto que o sistema jurídico brasileiro haja alcançado o mais alto grau de técnica legislativa a respeito de patrimônãos (Código Civil, arts. 57 e 714), nele não se inseriu regra jurídica que fizesse hipotecáveis, em geral, os patrimônãos. Há direitos pessoais sobre patrimônãos, há execuções de todo o patrimônão, ou só de determinado patrimônão; não há hipoteca, penhor, ou anticrese de todo o patrimônão, salvo se o bem imóvel (Código Civil, art. 810, 1) é o patrimônão mesmo; ou se pertença de imóvel é patrimônão (art.

810, II) ; ou se patrimônão é a estrada de ferro (art. 810, V), ou a mina (art. 810, VI, 1.~ parte), ou a pedreira (art.

810, vi, 2.~ parte), ou o navio ou a aeronave.

7.HERANÇA E HIPOTECA. No direito brasileiro, a herança (direito à mansão aberta) é bem imóvel (Código Civil, art. 44, III). Pergunta-se: é gravável de hipoteca a herança, que é patrimônão? No direito alemão, se os herdeiros do dono do imóvel querem hipotecá-lo, tem de, primeiro, pôr em seus nomes a propriedade; dai a legislação sobre registro ter obviado aos inconvenientes do princípio da especialidade e da exigência da inscrição.

No sistema jurídico brasileiro, o juiz pode permitir a hipoteca do imóvel contido no patrimônão e a hipoteca da herança mesma, porém tal acordo de constituição tem de constar do registro de cada imóvel.

A parte ideal hereditária é hipotecável, precedendo autorização do juiz, para que se faça a inscrição e se tenha por hipotecado cada bem que, suscetível de hipoteca, o registro atinja. *À* cada alienação de bem de que se compõe a herança, a hipoteca recai sobre o preço (sub-rogação real>.

8.HIPOTECA DE APARTAMENTOS. O apartamento é parte divisa *mais* partes indivisas do edifício de apartamentos. Havendo comunhão *pro diviso,* com alienabilidade das partes (aqui, apartamentos), o que se aliena e, pois, o que se hipoteca é a parte indivisa no terreno *com* as

partes indivisas no prédio e edifício *mais* a parte divisa, que é o apartamento em sentido estrito (Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 3.0:

~„É facultado dar em hipoteca, anticrese, arrendamento ou locação cada apartamento, observadas as regras em vigor para a propriedade em geral, excluída a restrição do art. 49, § 8.~", do Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890"; sobre isto, Tomo XII, § 1.822, 1).

Alguns acórdãos disseram que é requisito para a hipoteca da parte ideal que o bem seja divisível *(e. g.,* Conselho Supremo da Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de maio de 1930, *R. 1'.,* 55, 65; Juízo de Direito da 5Y

Vara Cível do Distrito Federal, 5 de setembro de 1980, *Á. .1.,* 16, 79, que reputou nula a hipoteca da parte ideal, se indivisível o imóvel). Se há clausulação de indivisibilidade do bem, o que alguns chamam indivisibilidade jurídica, claro é que não se pode hipotecar a parte ideal no imóvel, porque, por exemplo, pelo tempo do art. 630, o bem é indivisível (cf. Corte Suprema, 4 de outubro de 1935, *Á. 3'.,* 41, 38; 4□8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1936, *R. F.,* 67, 824; 2.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de abril de 1942, *R. de O.,* 142, 458; Câmaras de Agravos da Corte de Apelação do Distrito Federal, 13 de dezembro de 1930, *Á. 3'.,* 17, 286, e 21 de maio de 1931, 19, 28; Corte de Apelação, 2 de maio de 1934, 33, 492; Câmaras de Agravos, 29 de janeiro de 1940, 58, 450). A indivisibilidade material não é óbice.

§ 2.440. Domínio do bem sujeito a enfilsuse

1.HIPOTECA DO DOMÍNIO RESTRINGIDO. As restrições ao domínio, com que se faz o conteúdo dos direitos pessoaiS e reais, não são óbice à constituição de hipoteca. O bem gravado de usufruto, uso, habitação, como o bem gravado de enfiteuse, é hipotecável. A hipoteca recai sobre o domínio do bem, no que concerne ao valor, e prefere a qualquer direito real que lhe seja posterior, e não aos direitos reais anteriores (princípio da prioridade).

Se o bem é gravado de enfiteuse, a hipoteca é sobre o domínio, ressalvada a enfiteuse. Em caso de inadimplemento, a penhora não desaloja o enfiteuta e incide sobre o domínio com a restrição. A enfiteuse, como o usufruto, o uso, a habitação e a própria hipoteca ou a anticrese 3, é *direito restringente,* e não *direito limitativo* do domínio. O que vai à hasta pública é o domínio. No art. 971, 2Y parte, do

Código de Processo Civil diz-se que é preciso notificar-se o senhorio, mas o arE 971 só se refere a penhora do direito enfitêutico, e não do domínio. Se o domínio vai ser alienado, com ele não se aliena o direito enfitêutico: a enfiteuse nada tem com os direitos sobre o valor. Se foi dado por alodial o bem gravado de enfiteuse e se é isso o que se pretende pôr em hasta pública, ou venda particular, tudo se passa como quando se põe em hasta pública, ou venda particular, bem imóvel pertencente a outrem. A enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação não se batam como os direitos reais de garantia, que concernem ao valor.

2.AREEMATAÇIO E ADJUDICAÇXO. O art. 639 do Código Civil referiu-se à notificação ao senhorio, e não ao enfiteuta, mas a analogia impõe-se (Tomo XVIII, §§ 2.161,2,2.178,2, 12).

§ 2.441. Bem enfitêutico

1.ENFITEUSE E HIPOTECA. O titular do direito real de enfiteuse pode hipotecar. Di-lo o art. 810, IV, do Código Civil, expílcitamente. O senhorio nada tem com Base ato constitutivo de hipoteca, que de nenhum modo atinge o seu direito. Por ocasião da arrematação, sim (Código de Processo Civil, art. 791, 2. parte; Código Civil, art. 689).

2. SUBENFITEUSE. A subenfiteuse pode ser hipotecada.

§ 2.442. Estradas de feno

1.ESTRADAS DE FERRO, BENS À ràxn. As estradas de ferro são bens independentes, se tal destinação resulta da sua função econômica e da relação entre elas e o solo. O fundo de empresa considera-se fora do todo patrimonial em que se acha o solo, no que o próprio solo não lhe é parte integrante. Permite-se, portanto, o domínio e a hipoteca da estrada de ferro, se não é simples parte integrante. Se a estrada de ferro é pertença, só na qualidade de objeto de hipoteca conjunta ou extenuiva (Código Civil, art. 810, II: “Os acessórios dos imóveis conj untamente com eles”) pode ser hipotecada.

2.INSCRIÇÃO E REGRAMENTO. Os arte. 852-855 do Código Civil regem a hipoteca de estradas de ferro (cf.

Decreto-lei n. 8.109, de 13 de março de 1941; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 180; Código de Processo Civil, arts. 953, 955, 956 e 985>.

§ 2.448. Minas

1.PROPRIEDADE DAS MINAS. Sobre a propriedade das minas, Tomos II, § 141, XI, §§ 1.182, 6, e 1.202, 2, XIII, §§ 1.538, 2, 1.539, e XVIII, § 2.217.

2.HIPOTECA. Para que a mina seja hipotecável é preciso que já seja propriedade distinta da propriedade do solo; portanto, depois da "autorização da lavra" (Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art 33: "A autorlzaçao subsistirá, quanto aos direitos, obrigações, limitações e efeitos dela decorrentes, quando o concessionário alienar ou gravar, na forma da lei, mas os atos de alienação mi oneração só valem depois de averbados à margem do registro da autorização").

§ 2.444. Pedreiras

1 DEFENDENTIZação DAS PEDREIRAS. Sempre que as pedreiras se tornem propriedade à parte do solo, podem ser hipotecadas. Se, distinta da propriedade do solo a de pe4reira, a pedreira se faz pertença de outro bem imóvel, inclusive da mina, ou de outra pedreira, a hipoteca há de ser conjunta (Código Civil, art. 810, II).

2.DOMÍNIO E ENFITEUSE. Se a pedreira é bem tirado ao domínio e à enfiteuse, tem-se de atender aos princípios de propriedade, para se saber se é parte integrante da enfiteuse ou se é bem distinto.

§ 2.445. Navios e aeronaves

1. BENS MÓVEIS. Os navios são bens móveis, mas a lei permitiu que se gravem de hipoteca, pela necessidade de não se tirar ao constituinte da garantia real a posse. Tem-se, assim, pelas circunstâncias, reminiscência do *pignus* romano.

2.LEGISLação ESPECIAL. A hipoteca do navio é objeto de legislação especial. O art. 825, alínea l.~, do Código Civil adianta que "são suscetíveis do contrato de hipoteca os navios, posto que ainda em

construção". E a alínea 2.~ acrescenta "As hipotecas de navios reger-se-ão pelo disposto neste Código e nos regulamentos especiais, que sobre o assunto se expedirem".

Antes da matrícula, os navios e as aeronaves somente podem ser objeto de penhor. Se hipotecados quando em construção, não mais se podem empenhar. Com a hipoteca durante a construção, ou após a feitura, o navio e a aeronave não se

fazem bens imóveis (a ficção seria inútil>. Nem adianta à técnica jurídica a"concepção do navio (O. STOBBE, *Handbuch da detítachen Privatrecktt,* 1, 282; A. HEUsLEE., *Institutionen des deutachen Privatreckts,* 1, 334> ou da aeronave como *res naturaliter mobiles civiliter immobiles.* Coisa celetiva, com suas partes integrantes e as suas pertenças, tal o bem móvel que é o navio, ou a aeronave (cf. J. KOHLER, Zur Lehre von den Pertinenzefl, *Jahrbacker 11k die Dogmatik,* 26, 129 s.; cf. ALFRED AIJST, *DOS Pftiitdrecht am Schiff e,* 17 a.

8.AERONAvES. Também podem ser objeto de hipoteca as aeronaves <Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, arts. 137-146).

Antes da matrícula, as aeronaves somente podem ser empenhadas. A hipotecabilidade do navio e da aeronave supõe o registro matriculante, *constitutivo* da hipotecabilidade. O navio ou a aeronave não se torna, após ele, bem imóvel; torna-se sujeito às regras jurídicas do registro.

Pan o penhor do navio ou da aeronave, se aquele não foi registrado, ou essa não foi registrada, os princípios que regem são os comuns princípios sobre empenho de bens corpóreos: ou se faz por escritura pública, ou por instrumento particular, em duplicata, assinado pelo outorgante e pelo outorgado, sendo o registro, ali, supérfluo (somente serviria em caso de ação de nulidade da própria escritura, como elemento de prova de data> e, aqui, para eficácia *erga omites.* Não é constitutivo. Constitutivo é o registro da hipoteca da aeronave ou do navio: a história deles há de constar do registro. Tais os princípios.

Observe-se que a hipoteca de navios ou de aeronaves não é, no sistema jurídico brasileiro, apenas penhor com outro nome. Veremos, ao tratarmos do penhor rural e do penhor industrial, como do penhor mercantil, que se permitiu, a respeito desses penhOres, que a transferência da posse se operasse pelo constituto possessório, de modo que o devedor ou o terceiro dador do penhor fica com a posse própria e a posse imediata (imprópria) do bem, só se transferindo ao

titular do direito de penhor a posse mediata (imprópria). Não é isso o que se passa com a hipoteca de navios ou de aeronaves: nenhuma posse tem o titular do direito de hipoteca de navio ou de aeronave, nem imediata, nem mediata. Por isso mesmo, nenhuma ação possessória cabe a esse titular, ao passo que tem toda a tutela possessória, conto possuidor mediato, o titular do direito de penhor rural, ou industrial, ou mercantil, se esse se perfez com o constituto possessório.

Assim, *antes da matricula do* navio *ou da aeronave,* pode ser feito o penhor mercantil, com o constituto possessório, ou, com a entrega da posse imediata, o penhor comum.

CAPITULO III

CONSTITUTÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.446. Ato constitutivo

1.AN CONSTITUTIVO E INSCRIÇÃO. De regra, há, para se obter a constituição do direito real de hipoteca, *a*> o *negócio jurídico,* causal ou abstrato, que sub jaz ao acordo de constituição ou *fato jurídico,* de que provenha crédito, *b*> o *acordo de constituição,* que é abstrato, e> a *inscrição.* Sobre o pedido exigência de inscrição, a lei previu as espécies (Código Civil, arta. 838-845). O ato constitutivo pode ser unilateral.

O negócio jurídico "referido", de ordinário causal, é quase sempre o mútuo, com o ato-fato jurídico da tradição

<Código Civil, arts. 1.257 e 520, II), que o integra. Pode ser apenas pré-contrato, como ocorre se algum banco ou qualquer pessoa se obriga a emprestar, por sua vez obrigando-se o promissário a garantir com hipoteca o mútua.

A ação executiva do art. 1.006 e §§ 1.0 e 2.0 do Código de Processo Civil serve aos dois.

O direito brasileiro tem o *Principio do acordo material* (princípio materialístico do consentimento) e, até certo ponto, o principio do consentimento formal (cp. art. 530, 1>.

2. ACÕEDO DE CONSTITUIÇIO. O *acordo de constituição* é abstrato: a

sorte dele não depende da sorte do negócio jurídico, O oficial do registro não tem de indagar o que foi que se Pensou entre o devedor e o credor, inclusive se está morto o Constituinte da hipoteca, ou se incorreu em incapacidade.

A inscrição supõe o *acordo de constituição* da hipoteca, que é negócio jurídico *abstrato,* de *jeito* que a nulidade do fletócio jurídico causal pode não ser comum a eles. O acordo de constituição não se confunde com a convenção pela qual se promete acordar na constituição da hipoteca, nem com a convenção pela qual alguém se obriga a requerer a inscrição.

O pré-contrato pelo qual alguém promete constituir hipoteca não basta para a inscrição. AI, o promitente pode deixar de cumprir. Se o promissário quer a execução da promessa, tem de propor a ação do ad. 1.006 do Código de Processo Civil. A decisão do juiz, segundo o ad. 1.006 e § 1.~, ou segundo o ad. 1.006, § 2.0, pode, trânsita em julgado, ser inscrita. Se o promitente quer adimplir o que prometeu tem de acordar na constituição. Se houve a condenação do promitente, a decisão do juiz figura no lugar do acordo.

O acordo de constituição, no direito brasileiro, é vinculativo e irrevogável, mas, chegando ao registro, antes de acordo de constituição que estava concluído, outro que só depois se fizera, à inscrição desse se procede. O

sistema jurídico brasileiro leva ai a palma a outros sistemas jurídicos, incluído o alemão, que permite a revogação do acordo (Código Civil alemão, § 878, 2~a alínea; *Motive,* III, 175).

Se antes da inscrição morre o proprietário que acordou na constituição da hipoteca, ou se cai em incapacidade, o acordo nada sofre em sua eficácia. Tratando-se de pré-contrato, o ad. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil pode ser invocado.

§ 2.447. Registro e hipoteca

1.NECESSABIEDADE DA INSCRIÇÃO. A hipoteca somente existe, como direito real, a partir da inscrição.

Antes, apenas há acordo de constituição, e pode dar-se que apenas haja promessa de acordo de constituição. LO-se no Código Civil, ad. 831:

“Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o titulo se referir a mais de um” (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, ad. 258:

“Serão inscritas no livro 2 as hipotecas de qualquer espécie, inclusive as que abonarem especialmente emissões de debéntures”>.

2.FÉ PÚBLICA E INSCRIÇÃO DAS HIPOTECAS. Lê-se no Código Civil, ad. 882: “Para a inscrição das hipotecas haverá em cada cartório do registro de imóveis os livros necessários”.

II 2.446-2.488. CONSTITUXCAO DA HIPOTECA88

A inscrição das hipotecas faz-se para que a respeito delas haja a fé pública dos registros e as presunções peculiares às inscrições e outros atos registrados. A fé pública é assente no *principio da publicidade material,* que substituiu o de publicidade formal, que antes cercava o ofício público dos registros, com caráter limit ado.

Em virtude do principio de publicidade material, quem adquire hipoteca, por se ter fiado da inscrição, é titular do direito real limitado, ainda que não seja verdadeira a inscrição. Por exemplo: a pessoa que se diz outorgada levou a registro acordo de inscrição em que figurava como outorgante, sem ter outorgado, o dono do imóvel, e obteve inscrição; depois transfere a outrem a hipoteca, que consta, *ex hypothesi,* do registro. Para o registro, quem conseguiu a inscrição é titular do direito de hipoteca e para se evitarem as conseqüências da fé pública do registro ter-se-ia de retificar, antes de qualquer transmissão, o registro obtido. Ao invés disso, se entre titular do direito de hipoteca e o proprietário se convenciona que os interesses serão menores do que aqueles que constam da inscrição, sem se levar a registro tal acordo, o adquirente do direito de hipoteca terá de pagar os interesses constantes da inscrição, se lhe forem exigidos, ainda se, ao adquiri-lo, o transferente lhe comunicou o acordo que existia.

(Se o sistema jurídico brasileiro houvesse admitido ci princípio da força formal, quem quer que lograsse inscrição da hipoteca em seu nome adquiriria o direito real limitado, ainda que falsa a inscrição. Porque não o acolheu, é necessário o acordo de constituição entre o proprietário ou enfiteuta e a pessoa outorgada, podendo, portanto, ser requerida a retificação, enquanto terceiro não tem por si a fé pública do registro. O tratamento que se dá ao primeiro inscrito é diferente daquele que se confere aos que lhe sucederem ou dele houve algum direito.> Pode ser que o primeiro inscrito não haja procedido de má

fé *(e. g.,* tenha havido Erro, oriundo de confusão de nomes); ainda ai a retificação é possível, porque Esse inscrito não tem por si a fé pública do registro.

A técnica legislativa combina o principio da proteção à f4 pública com o da responsabilidade do oficial do registro e, pois, do Estado, segundo se expôs no Tomo XIV, § 1.573, 9.

II2.446-2.488. CONSTITU!CÂO DA HIPOTECA A eficácia das Inscrições, positiva e negativamente, é decisiva: ainda que alguém tenha adquirido direito real limitado sobre o imóvel, tal direito real limitado, *e. g.,* hipoteca, não existe, se inscrição não se fez. O falso documento, com que se obtém o cancelamento, não retira ao adquirente da propriedade livre qualquer tutela.

3.REGISTRO E LUGAR DA SITUação DO IMÓVEL. A situação do imóvel determina a competência do juiz e do oficial em matéria de registro de hipotecas. Lê-se no Código Civil, ad. 831:

"Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o titulo se referir a mais de um". Se o imóvel é na linha de fronteira de duas jurisdições, de modo que uma parte fique de um lado, e outra, de outro, o registro tem de ser feito nos dois ofícios, com remissão de um ao outro.

Se o imóvel foi registrado em lugar que não seria o adequado e, depois, se fez a hipoteca, inscrevendo-se, >*vale* esse registro? Não vale a transcrição, nem vale a inscrição (sem razão, a 3.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de dezembro de 1933, *1?. dos T.,* 117, 553>. O outorgado do acordo de constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição tem ação para exigir que o outorgante transcreva no oficio competente a aquisição, a fim de requerer, depois, a inscrição. O outorgante vinculou-se.

4. RESTRIÇÕES AO PODER DE DISPOR. Do registro hão de constar as *restrições ao poder de dispor (e. g.,* as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade e semelhantes). Se o prédio é inalienável, por lei ou por efeito de algum negócio jurídico, não pode ser inscrita hipoteca sobre ele, salvo se a inalienabilidade por efeito de negócio jurídico não foi registrada. Se foi cancelada, sem razão, a inalienabilidade de origem negocial, quem se fiou do registro tem por si a proteção à fé pública.

5.CAPACIDADE E LEGITIMação DO OUTORGANTE E FÉ PÚBLICA. Somente aquele que pode alienar pode hipotecar, empenhar ou dar em anticrese (Código Civil, art. 756). O registro pode ser retificado, após a decisão sobre incapacidade do outorgante, enquanto não lhe retira a retificabilidade a tutela dos que se fiaram do registro. Assim, se do registro consta que E adquirira de A, que se tomou por pessoa capaz, hipoteca sabre o imóvel de A, pode A, ou alguém que tenha legitimação para alegar a incapacidade de A, promover a decretação da nulidade do acordo de constituição e obter o cancelamento da Inscrição. Mas, se C

adquiriu de B a hipoteca, o cancelamento tornou-se impossível, porque O se fiou do registro. o acordo de constituição seria atacável por nulidade, ou anulabilidade, ainda que B tivesse estado de boa fé ao ser-lhe outorgada a hipoteca e, em conseqüência, obtida a inscrição. A fé pública somente ampara os terceiros.

Se a propriedade é em fideicomisso e o fideicomisso não consta do registro, o princípio da fé pública protege o outorgante 4a constituição de hipoteca, ainda que nenhuma transmissão tenha havido, isto é, se houve a hipoteca diretamente do constituinte fiduciário ou fideicomissário.

Não é preciso que o terceiro, adquirente da hipóteca, examine o registro; basta que tenha havido a inscrição. A fé pública opera a favor dos que acordaram de conformidade com o inscrito, ainda que o terceiro, adquirente, não tenha *conhecido* o registro. Todos se têm por cientes do que se passa nos livros dos registros imobiliários.

No sistema jurídico brasileiro, não se exige a boa fé do terceiro *(aliter,* no direito alemão e noutros sistemas jurídicos>. Se o terceiro estava de má fé, ao adquirir (= sabia que a inscrição *era* retificável>, pode ser demandado por ato ilícito, porém a hipoteca transferiu-se a ele e, no terreno dos direitos reais, não se lhe pode objetar à aquisição. O art. 530, 1, do Código Civil revelou o principio escolhido pelo legislador brasUeira.

O raciocínão segundo o qual o art. 1.132 do Código Civil ralo veda que o ascendente hipoteque aos descendentes, sem que outros descendentes assintam, qualquer bem, porque o texto 86 me refere a “vender”, e não a “gravar”, é de repelir. O princípio em matéria de direitos reais de garantia é que somente pode hipotecar, dar em anticrese ou emprestar, quem Pode alienar (art. 756>. Não importa se a vedação é objetiva Ou subjetiva. Se o bem é clausulado de

inalienabilidade, não pode ser hipotecado. Se o dono ou enfiteuta não pode transferir a estrangeiro a propriedade ou a enfiteuse, não pode hipotecar o bem. Se a lei proíbe que o ascendente venda ao descendente, Bem assentimento dos outros descendentes, também não pode hipotecar qualquer bem ao descendente, sem que assintam os outros descendentes. t o que resulta, limpamente, da interpretação dos arte. 1.132 e 756, 1.‟ parte.

Devido a parecer de RUI BARBOSA, fora de todas as regras jurídicas de interpretação das leis, acórdãos há, como o das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 28 de julho de 1944 *(R.*

dos T., 160, 798), e o das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Ceará, a 17 de novembro de 1947, *(R. F.,* 118, 190; *1?. dos 2'.,* 182, 338), que permitem ao ascendente hipotecar a descendente sem o assentimento dos outros descendentes; mas, além de infringir o art. 756, 1.8 parte, tal solução desatende a que a hipoteca seria *fraus legis* ao ad. 1.132, sendo, portanto, nulo o acordo de constituição. No acordom do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, o voto vencido do Desembargador SAMUEL SILVA está certo, porque atende à existência do ad.

756, 1.8 parte. Ceda, a 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de novembro de 1928 *(R.* dos 2‟., 68, 170).

Se a hipoteca foi constituída por pessoa que constava do registro como dono do bem ou enfiteuta existe e vale a inscrição. Os que afirmam que, aí, a constituição da hipoteca *(=z* acordo de constituição da hipoteca ou o negócio jurídico unilateral de constituição) é levada de nulidade, deixam de atender nos princípios que regem, no direito brasileiro, a aquisição do *domino.* Tratando-se de hipoteca imobiliária, não há que ai ir-mar-se mais do que a existência do registro do domínio ou da enfiteuse e a validade da inscrição em si (errado, o acórdão da 2.8

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *a* 15 de dezembro de 1981, *R. dos 2'.,* 81, 86). Devido à fé pública do registro de aeronaves e de navios, dá-se o mesmo se a hipoteca é mobiliária. A 5□8 Câmara Civil, a 16

de agOsto de 1988 (89, 452), pensou em "revalidação", se o bem vem a pertencer ao constituinte da hipoteca, porém, na espécie, se tratava de acordo de constituição por falta de consentimento uxório da mulher meeira, o que era *público* e pois pré excluía a fé pública do

registro tal qual, espécie diferente daquelas em que o outorgante único ou os outorgados constem do registro como únicos donos, sem comunhão por efeito de casamento.

t preciso atender-se a que somente a comunhão universal de bens por efeito do casamento, por ser *ex lega,* devido à falta de pacto, tem a conseqüência de se *imprimir,* por assim dizer-se, aos bens registrados sem que se precise de averbação (cfr. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, ad. 178, t>, 1). Se o bem consta do registro e é casado o dono, constituinte da hipoteca, o outro cônjuge tem de assentir, para que se possa inscrever a hipoteca, se o bem é particular, ou consentir, se é comum. Ali, houve falta de assentimento, portanto anulabilidade, do acordo de constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição, se o cônjuge hipotecou sem que o outro assentisse. Aqui~ há falta de assentimento e de consentimento, porque se trata de gravação de parte *alheia* de bem. Anulabilidade e falta de poder. O outro cônjuge e os herdeiros é que podem alegar a anulabilidade (Código Civil, arts. 178, § 7?, VII, e 252). Não, o próprio cônjuge que constituiu, com infração da lei civil, a hipoteca (2.8

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de janeiro de 1946, *R. dos T.,* 160, 760, 1.0 Grupo de Câmaras Civis, 27 de maio de 1946, 163, 245). Quanto à parte pertencente ao outro cônjuge, houve hipoteca de bem alheio, o que, se o regime era o da comunhão universal de bens, pré-exclui a eficácia da inscrição a favor do outorgante, porque, para todos os efeitos, o bem era *comum.* Se o regime não era o da comunhão universal, tinha de haver a anulação do pacto antenupcial.

6.HIPOTECA DURANTE INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS DE HERANÇA. De regra quem se apresenta a registro para hipotecar o bem se acha, como dono, ou como enfiteuta, nos livros do registro. Se houve morte e o bem se acha em nome do modo, sem ainda se haver transcrito a sentença de partilha Ou de adjudicação, o interessado ou os interessados, passivamente, no gravame não constam do registro imobiliário como donos ou como enfiteutas. O registro tem de refletir, com toda fidelidade, a realidade jurídica. Todavia, em virtude da saisina (Código Civil, ad. 1.572), a propriedade dos bens da herança Passam aos herdeiros, automaticamente, e só mais tarde, finda a ação de inventário e partilha, se transcreve o titulo. Ora, no art. 214 do Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, diz-se que, “se o imóvel uSo estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do titulo anterior,

qualquer que *seja* a sua natureza, para manter a continuidade da registro". Não seria possível aos herdeiros, portanto, para obtenção de dinheiro com que se pudessem pagar as despesas do inventário e partilha, hipotecar os bens da herança, ou alguns ou algum deles.

Os inconvenientes da aplicação estrita da ad. 214 do Decreta n. 4.857 seriam enormes. O inventariante tem a função que lhe reconhece a art. 85, 2.~ parte, da Código de Processo Civil. Durante a ação de inventário e partilha pode o juiz deferir requerimento de venda de bens (Código Civil. art. 1.777) e, a 1 *ortiori,* de gravame.

§ 2.448. Requisitou de indicação quanto à tnheriçít)

1.ENUMERação DO QUE SEJA DE DECLARAR. LIA-se no Código Civil, art. 846: "Â inscrição da hipoteca, legal, ou convencional, declarará: 1. O nome, o domicilia, e a profissão do credor e do devedor. II. Ã data, a natureza do titulo, o valor do crédito e o da coisa, ou sua estimação, fixada por acordo entre as partes, o prazo e os juros estipuladas. III. A situação, a denominação e os característicos da coisa hipotecada". No parágrafo único:

"O credor, além do seu domicilio real, poderá designar outro, onde possa também ser citada".

2.ACORDO JURÍDICO DE QUE EXSURGE O CRÉDITO GARANTIDO E ACÓRDO DE CONSTITUIÇÃO.

Requisitas da inscrição são requisitas do acordo de constituição, não necessariamente do negócio jurídico de que se irradie o crédito garantido. O crédito pode resultar de fato jurídico, ainda ilícito, que na seja negócio jurídico.

Por outro lado, o ad. 1.488 do Código Civil, referente à fiança mas invocável a respeito de garantias reais, pode fazer garantível obrigação natural, a despeito da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

5 2.449. Indicação do credor

1.CREDOR E QUÂL!FICÃÇOES. Do acordo de constituição, que se há de inscrever, e da inscrição mesma, há de constar o nome do titular do

direito real de hipoteca, a que por se tratar de direita real de garantia se chama, na lei, credor. Há, ai, evidentemente, alusão ao passado, ao crédito, posto que Esse crédito possa ser crédito futuro. A inscrição da hipoteca, diz o art. 846, 1, há de declarar "o nome, o domicílio e a profissão do credor".

Isso não significa que se não possa inscrever hipoteca a favor de herdeiros de determinado morto, ou de quem venha a recolher a sucessão do ausente, ou a herança de quem faleceu sem aparecerem herdeiros. O nome não 6, portanto, indispensável. O testamenteiro pode figurar como credor (O. WÂRNEYER, *Kommentar,* II, 310>. Se alguém, que figurava no acordo de constituição, como credor, ou que no própria pedida de inscrição, morreu, não mais pode figurar no registro: têm-se de mencionar as pessoas ou pessoa que sucedeu, ainda que se apenas diga

"os herdeiros de A". É admissível o nome do fiduciário, ou o desse e o da fideicomissário. A hipoteca a favor de entidade estatal ou paraestatal não-personificada é em nome da entidade estatal, personificada, a que esteja subordinada.

A inscrição da hipoteca que garante satisfação ao titular de direito oriundo de titulo ao portador é em nome do

"portador do titulo ao portador" <J. BIEBMANN, *Sach,enrecht,* 440; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 782; KARL

Koan, .1. *v. Staudingers Komnmentar,* III, 941). Se à ordem o titulo, "o tomador ou quem pelo endosso se legitime" (.1. BIERMANN, *Sachenrecht,* 440; H. DnNBuRG, *Das BItrgerliche Recht,* III, 747, nota 13; diferente, G. PLANa, *Kommentar,* III, 782 e 1082, que dispensas o final "ou quem pelo endosso se legitime").

Não se inclui na inscrição qualquer indicação sobre capacidade do credor.

É inadmissível a inscrição da hipoteca a favor de quem seja, no momento, o proprietário de outro bem imóvel (MARTIM WOLFF, *Lehrbuch,* III, § 183, nota 11>.

Se não há nome de credor (isto é, titular do direito real de hipoteca>, a inscrição é *nula (* não insurge hipoteca).

Não é preciso propor-se ação para se obter o cancelamento (Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1989, art.

230).

2. DOMICILIO INDICADO. “O credor”, diz a art. 846, parágrafo único, “além do seu domicilio real, poderá designar outro, onde possa também ser citado”. Não se trata de permissão de escolha de foro, nem de indicação arbitrária: o titular do direito real de hipoteca pode indicar outro domicilio sem ser o seu, pra que a citação lhe possa ser feita, sem que isso altere as regras jurídicas de competência judiciária.

§ 2.450. Indicação do devedor

1.DEVEDOR E QUALIFICação. A hipoteca tem a função de garantia. Se o devedor é o dono do prédio gravando, ou se o é outra pessoa, é indiferente à relação jurídica real da hipoteca. O art. 816, 1, do Código Civil *faia,* indistintamente, do nome do devedor, domicílio e profissão. O acordo de constituição da hipoteca é entre proprietário do bem gravando (ou do enfiteuta) e o credor, que vai ser o titular do direito real de garantia. O

devedor é sujeito passivo na relação jurídica em que se criou a dívida, que se quer garantir. Talvez não seja ele que deseje a hipoteca. Pode-se garantir divida de outrem, sem se precisar do seu assentimento. A inserção do nome do devedor apenas serve à identificação do crédito.

2.DIFICULDADE DE PRECISIO. Devedor pode ser o herdeiro, que apareceu, de alguém; pode ser a pessoa que comprou, sem dar o nome, ou dando falso nome, a alguma empresa, ou cometeu algum ato ilícito, ou ato-fato ilícito, pelo qual tenha de responder, ou que seja responsável ou possa ser responsável por algum ato ilícito ou fato ilícito strioto *sensu.*

§ 2.451. Indicação do título

1.DATA E NATUREZA DO TITULO. O Código Civil, art. II, 1.8 parte, exige que se insira na inscrição (portanto, antes, no acordo de constituição) a indicação da data e da natureza do titulo. Com isso, sabe-se qual o crédito, que se garante hipotecariamente. Mas a falta da data, se não se deixa, com isso, de identificar o crédito, não produz nulidade; *a fortiori,* inexistência da hipoteca. A natureza da divida poderia ser de grande alcance, se o acordo de constituição não fosse negócio jurídico *abstrato.*

2.CREDITO INEXISTENTE E CRÉDITO ORIUNDO DE NEGÓCIO JURIDICO INVÁLIDO. Se o crédito não existe, ou não mais existe, nem a hipoteca tem por função garantir crédito *que tuzsça,* a inscrição, que o menciona, falsamente o faz. Costuma-se dizer que, então, a inscrição é nula, como o título. O titulo pode não ser nulo, porque a causa de inexistência de divida não é só a nulidade. De regra, nenhum efeito produz. A inscrição, essa, vale, se por aí não é nula, mas o dono do prédio gravado (ou o enfiteuta) pode alegar que a menção do débito não corresponde à validade, pedindo o cancelamento da inscrição, ou opondo isso na ação executiva.

A nulidade do negócio jurídico de que resultaria o crédito, ou a anulação, não atinge o acordo de constituição ou a inscrição porque a ele se contagie, mas apenas porque não havia ou deixou de haver, *ex tune,* a dívida.

Tem-se, porém, de atender a que o desaparecimento do crédito dá ensejo ao cancelamento, não opera automAticamente. O terceiro que adquira a hipoteca, por ter adquirido o crédito, pode ficar incó lume ao que se passou entre credor e devedor, se a transmissão do crédito é *abstrata,* ou se a causa de nulidade não migra à cessão.

Se o crédito deixa de existir por fato posterior, a ineficácia da hipoteca é *ex nune.*

A respeito de invalidade, pode dar-se que o constituinte da hipoteca assuma a responsabilidade ainda se inválido o título <Tomo IV, *§* 424, 6).

3.ILICITUDE E IMPOSSIBILIDADE. No direito romano não era existente *(* era *nula)* a hipoteca se ilícito o negócio jurídico de que resultava o crédito (L. 11, *§* 3, D., *de pignoraticia actione vez contra,* 13, 7). No direito alemão, atende-se a que o negócio jurídico abstrato pode nada ter com a convenção imoral e ficar incólume e a que pode nele penetrar a imoralidade da causa. No direito brasileiro, é preciso que a causa imoral esteja no próprio acordo de constituIção para que o possa atingir, e tal causa imoral não atinge terceiros que não foram figurantes do acordo ou a ele não se tenham de considerar ligados. A usura precisa estar no acordo de constituição, cujo outorgante pode ser terceiro, ou ter-se estendido ao acordo de constituição. Se o usurário tem de indenizar pelo ato ilícito, é outra questão; e a resposta é afirmativa.

São inscritiveis as convenções sobre vencimento da hipoteca se há

alienação do bem gravado sem assentimento do titular do direito de hipoteca (O. WARNEYER, *Koraraettt ar,* II, 813), de incedibilidade do crédito, de amortizabilidade da divida com desconto relativo ao que se prescinde de prazo.

4. VALOR DO CRÉDITO. Toda a acessoriedade da hipoteca deriva de se ter de suportar o gravame enquanto existe e não se solve o crédito. O crédito é "referido" no ato constitutivo e na inscrição. Não é inscritível a cláusula que determine a solução em valores que sejam dinheiro. Valor do crédito, diz-se no art. 846, ~, 2.~ parte, do Código Civil. Não se pode dizer que se hão de prestar tantas ações, posto que seja instritivel a alternativa (tantas ações da empresa tal ou x em dinheiro).

O que a lei exige é que se diga o valor do crédito. Toda prestação suscetível de estimação em dinheiro é suscetível de garantia hipotecária.

5.DIVIDAS PRESCRITAS E OBRICAÇÕES NATURAIS. DIVIDAS prescritas podem ser garantidas? A inexigibilidade do crédito não significa inadimplibilidade. Quem deve e está prescrita a pretensão (encoberta a eficácia) pode solver, se quer; e expõe-se a que a atitude do credor, se teria, por exemplo, de intrepretar, lhe possa ser danosa. A dívida prescrita pode ser garantida por penhor, anticrese ou hipoteca, como por fiança.

O argumento, que se sói levantar, contra a garantibilidade hipotecária da divida prescrita é o de ser causa de extinção da hipoteca a prescrição (Código Civil, ad. 849, VI). Não vem ao caso o argumento de estar extinto o crédito, o que somente poderia pesar em sistemas jurídicos que tivessem apagado, como o italiano, o caráter de *exceptio,* que tem a prescrição, para a tornar fato extintivo.

A resposta que se dê quanto à hipoteca estende-se à anticrese. Em relação ao penhor, não há questão, porque não se cogitou, sequer, de extinção dOlo por prescrição da divida ou da ação pignoraticia. nem prescrição corre a favor do credor pignoraticio (art. 168, IV).

Se o negócio jurídico é nulo, não há dever ou obrigação que dele se irradie. É nisso que se pensa quando defeituosamente se diz que não pode ser garantida por hipoteca ou outro direito real a "obrigação nula". Ai, nula é a *obtigatio,* no sentido de negócio jurídico. No ad. 1.488 do Código Civil estabelece-Se: "As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de

incapacidade pessoal do devedor". Por onde se percebe a particularidade do sistema jurídico brasileiro, com repercussão em todas as garantias, reais e pessoais.

Se há direito mutilado, ou encobrimento de eficácia, ainda é possível a fiança, a hipoteca, o penhor, ou a anticrese, exceto na espécie do ad. 1.259 (ad. 1.488, parágrafo único). A obrigação natural, no sentido do art. 970

(= dever moral), tem as conseqüências de, cumprida, não haver repetibilidade do pagamento, e, garantida por fiança, hipoteca, penhor, ou anticrese, *valer* a garantia. É preciso que se não deixe toldar o sistema jurídico brasileiro com leituras de livros estrangeiros que atendem a outros textos *(e.* g., L. COVIELLO, *Deli. .lpoteche sei diritto civile italiano,* 47; GINO GORLA, Pegno Ipoteca, *Commentario* de ANTONÃO SOLALOJA e G.

BRANCA, VI, 882).

§ 2.452. Indicação do bem gravado

1.BEM GRAVADO E SUA ESTIMação. A hipoteca recai, de regra, sobre imóvel, que há de constar de registro.

O credor passa a ter o direito real de garantia sobre esse bem e, conseqüentemente, sobre as suas partes integrantes, como acessões, melhoramentos ou construções do imóvel (ad. 811), e créditos havidos em subrogação. Os frutos somente são abrangidos se, ao serem separados, pertencem ao proprietário ou enfiteuta ou possuidor em nome próprio.

2. BENS QUE NÃO SÃO PRÉDIOS LIVRES. Em se tratando de hipoteca de bem enfitêutico, tem de ser indicado como consta do registro (Código Civil, arts. 678 e 856, XII). A hipoteca do domínio do prédio enfitêutico há de aludir ao gravame anterior, que é a enfiteuse.

As hipotecas sobre estradas de ferro inscrevem-se no município da estação inicial da estrada de ferro (Código Civil, ad. 852) e hão de ser feitas as indicações que bastem para se saber qual o objeto da hipoteca (cf. ad. 854). *As* hipotecas de minas e pedreiras bem como as de navios exigem trato à parte.

5 2.453. Indicação do prazo e prestação

1. PRAZO DA HIPOTECA. A hipoteca há de ter prazo. e prazo não pode aceder de vinte anos (Código Civil, art.

880, 2.~ parte; Lei nº. 2.437, de? de março de 1955, art. 1.0), porque, se excede, se tem de dar, findos os vinte anos, a renovação, ou se estíngue a hipoteca. O art. 330, 2. parte, é cogente.

2. AMORTIZação As hipotecas ou são ditas de amortização ou sem amortização, conforme se dá o embolso aos poucos, ou de uma vez. Ali, a extinção é gradual; aqui, no vencimento. As espécies mais freqüentes de hipoteca de amortização são aquelas em que parte do importe é paga anualmente, ou em que a cada mês ou trimestre se paga a quota de amortização. Outra é aquela em que a quota é a mesma até o fim, crescendo em relação ao débito e diminuindo em relação aos juros. São muitas as combinações empregáveis.

3.INFITÊUSSE OU HIPOTECA E OUTRAS PRESTAÇÕES ACESORIA. Se há interesses, Um de constar.

Ainda se há interesses da dívida, que se garante com a hipoteca, o fato de não constarem do acordo de constitui$O

e da inscrição, ou somente dessa, significa que o bem gravado não garante interesses. O ad. 846, II, *is* fino, só se refere a juros estipulados; porém o mesmo havemos de entender quanto a quaisquer outras prestações acessórias.

Quotas de amortização) não s prestações acessóril mas partes do quanto devido.

As penas convencionais são prestações acessórias e só se atendem se foram registradas.

A exigência da inscrição nada tem com os juros legais (da mora e processuais). Por Esses, há pretensão do titular do direito hipotecário e entram no gravavel. Para serem maiores que os legais os juros da mora (arta. 1.062 e 1.262), é preciso que se contenha na inscrição a convenção (G. PLANCK, *IComme%ttir,* ~ 4.~ ed., 783; J.

BIERMANN, *sacJLe,tfloht,* 443; KARL HÂGEMANN, Unpvewerk siner HypothCl4 *Deideche Juristut-ZflW~~O,* 18, 852). A indicação dos juros

pode atender a que só se contem anualmente, ou mensalmente (O.

WARNEYER, *Kommeittar,* :ii, 311).

Não é suficiente a menção de tábua de juros empregada por determinado banco, u repartição, ou economista, ou dita usual.

A referência à data em que se inicia a contagem de juros *não* é essencial, porque se entende *(ratio legis)* do dia da inscrição <O. WARNEYER, *Kornmeltt ar,* IX, 811; sem razão, O. PLANCK, *Kornmelttar,* IV, 4.~ ed., 786, que admite a rejelçao do registro). Tão pouco ~ elemento essencial dizer-se qual o prazo para se pagarem os juros (O.

WARNEYER, *Kommefltar,* XX, 311).

As convenções sobre *seguros, conserva çdo especial do bem gravado* e semelhantes, pela indeterminação da importância. são irregistráveis (O. WARNEYER, *Kornm.enttir, II,* 812). Convenção de prestações acessórias podem ser registradas com importe único se inscritíveis e somáveis as importâncias *(e.* ~ juros e pena convencional, cf. O. PLANa, *Ko,nmentar,* III. 4,8 cd., 784).

5 2.454. Conseqüência da falta de indicação exigida para a inscrição

1. ANALISE DAS INFRAÇÕES. As infrações das regras jurídicas do ad. 846 do Código Civil, no que toca a cada um doe itens, não são das mesmas conseqüências.

a) Se não se pode identificar o titular do direito de hipoteca (ad. 846, 1), a inscrição é cancelável, por nula: não se constituiu hipoteca, ainda que o acordo de constituição contivesse as Indicações necessárias. Se o acordo de constituição as continha, pode ser pedida nova inscrição, porém a eficácia só □ *ex mine,* se não houve reclamação tempestiva pelo interessado em completar a inscrição. Se houve, a eficácia é a partir do dia em que a primeira inscrição foi pedida e protocolização

b) Se não se identifica o bem gravado, por falta das Indicações do art. 846, 111, a inscrição é nula, portanto cancelar: a hipoteca não se constituiu, ainda que o acordo de constituição contivesse as indicações necessárias, caso em que, antes do cancelamento, pode ser pedido que se complete a inscrição (nova inscrição, com eficácia desde a protocolização). cl A indicação do devedor é elemento exigidos mas

pode ser ~0~píetada a qualquer tempo, *se* consta do acordo de constituição.

dl A falta concernente ao valor do crédito trata-se COMO em a) e bi.

Em nenhuma das espécies a), bi, cl e dl, o terceiro adquirente do imóvel antes de se completar a inscrição, salvo se o acordo de constituição lhe era conhecido, ou se havia de considerar conhecido, está exposto à hipoteca do bem adquirido.

2.IND1CAÇÕES INEXATAS. Se a inscrição não coincide, nas indicações acima referidas, com o acordo de constituição têm-se de justificar o acordo de constituição inexato (relativamente ao negócio jurídico ou fato jurídico de que proverir a divida) e LI a inscrição *inexata* <relativamente ao acordo). Em a), não há nulidade, se a Inscrição é exata, e há, se o não é; em LI, é retificável a inscrição, porém não nula. A notificação, em relação a terceiros, só tem eficácia *ex nuno.* o registro inexato, enquanto não se retifica, se tem por exato (eficaz) em relação aos adquirir do prédio gravado e aos adquirível da hipoteca.

3.CREDITO E CAUSA. No direito brasileiro, a lei levou em conta a abstratividade do acordo de constituição para dispensar qualquer alusão à *causa* do crédito garantido. esse ponto merece atenção. Fala-se, no art. 846, II, de valo? do crédito e de prazo, sem se exigir referência à causa. O oficial do registro não pode deixar de inscrever a hipoteca por se não haver feito, no acordo de constituição, ou no pedido de inscrição, referente à causa da divida.

A hipoteca em garantia de divida que seria proveniente de negócio jurídico nulo, por ilicitude ou impossibilidade do objeto (Código Civil, art. 145, ii), não *existe* entre o pretensa credor a favor de quem se constituiria e o pretenso devedor, que tem a objeção, e pode Esse alegá-lo se o prédio gravado4 seu, ou de outrem; o dono do prédio gravados que não é o pretenso devedor, pode alegá-lo contra o pretenso credor a favor de quem se constituir a hipoteca. alguém adquire a hipoteca. a licitude ou impossibilidade não pode ser óbice à eficácia da inscrição.

Os créditos que surgirem de negócios jurídicos nulos ou anulaveis por incapacidade do figurante são, no direito brasileiro, suscetíveis de aliança <Código Civil, art. 1.488 e parágrafo único) e de hipoteca. penhora ou anticrese, salvo se o negócio jurídico é mútuo (arta. 1.488, parágrafo único, e 1.259).

§ 2.455- PRESCRIÇÕES legais e fé pública do registro

1.INDENIZação ORIUNDA NO CÓDIGO CIVEL, ÃRT. 859. Se algum direito de hipoteca foi inscrito, presume se que seja o titular dele a pessoa em cujo nome se inscreveu. É o principio geral do ad. 859 do Código Civil, cujo conteúdo já temos examinado. Se foi cancelada, presume que não existe hipoteca se o teor do registro não exprime a verdade, pode o prejudicado reclamar que se retifique (art. 860). enquanto se não transcreve o titulo de transmissão o alienante continua a ser havido, para todos os efeitos, como titular do direito de hipoteca (cf.

parágrafo único).

A inscrição da hipoteca contém, entre outros enunciados sobre fato jurídico. os enunciados sobre quem é o titular do crédito garantido e sobre quem é o sujeito passivo (ad. 846, 1). Também esses enunciados se têm, presumidamente. como ver-<ladeiros. No direito alento, O Código Civil alemão, ~ 1.138, inserli" a regra jurídica que remete às que regem a trancrição do domínio. Era dispensável, naquele sistema jurídico, e frisou-o MAETIN

WOLYW *(LehrlflLch. ~ § 127*). No sistema jurídico, tal remissão seria bis *in idera,* pois o art. 859 foi concebido com toda a generalidade *(verbis* "pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu~").

Assim, presume-se que houve o *acordo de* restituição e presume-se que *existe* crédito, isto é, que o crédito mencionado se irradiou de negócio jurídico ou de qualquer outro fato jurídico. A presuilição da exatidão da inscrição envolve *presuilição da existência* do *crédito.* Cumpre, porém, advertir-se em que essa presunção da existência do crédito somente cabe a respeito do que cones?a, ao direito de hipoteca, à relação jurídica *real,* e de modo nenhum pode ser alegada no que tinge à relação jurídica pessoal. Na ação pessoal, oriunda do crédito, ou a cerca do crédito, não se pode invocar o ad. 859: fé pública do registro e presumir * do art. 859 apenas há se está em causa ação real (O.WARNEYER, *Kommentar,* II, 353; GUSTAV BOERMER, Trennúng von Hypothek und Forderung, *Archiv fiir Bizrgerlicites Recht,* 37, 209 s.; LEO STERNBERG, [Me Bedeutung des *§* 1138 BGB., *Jiteringa Jahrbikher,* 61, 385 e 397 s.; G. BRINCK, *Die Bezahlung der H~pothekenforderuitg,* 212 s.; E.

STROEAL, *Schuldiibernahme,* sep., 10 s.). Se o adquirente de crédito hipotecário somente propõe a ação pessoal, nenhuma presunção da existência do crédito lhe assiste, de modo que o próprio cancelamento da hipoteca não faz presumir-se paga a divida (HER.. MANN METER, Zu *§§* 891, 1138 BGB., *Das Recht,* VII, 38). Se propõe as duas, cumuladas, o anua da prova, em cada uma, rege-se por princípios diferentes «3. PLANa, *Kommentar,* III, 870; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 495). Quanto aos terceiros, a favor de quem se haja concluído negócio jurídico de disposição sobre a hipoteca, a fé pública do registro tem o efeito que deriva da incidência, por analogia, do art.

530, 1, do Código Civil.

Para elidir a presunção derivada do art 859 tem o interessado de provar que o crédito não existia, ou que depois se extinguiu. Se admite

ou se prova que o crédito não existia ao ser feita a inscrição e titular do direito de hipoteca alega que o crédito nasceu posteriormente, tem o proprietário ou o enfiteuta de provar o contrário (GEORO

KUTrNER, Rechtsvermutungeu aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *Jherings Jahrklieher,* 61, 159 a.; G.

PLANCK, *Kommentar,* III, 871 a.; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 493; J. W. HEDEMANN, *Die Vermastuno,* 268

s.; cp. Fa. LEoNHARD, *Die Beweislast,* 418). Porque o que se presume é existir *agora* a hipoteca.

Se o titular do direito de hipoteca alega que a hipoteca está a garantir outro crédito e Esse existe, tem ele de provar que há a ligação e que tal crédito existe (KAiLL KOBER, 3. *si. Stuxudin gera Koinmentar, III,* 779; J.

BIERMÃNN, *Saehrretzht,* 493). Se o dono ou enfiteuta do prédio gravado entende que a inscrição é inexata, cabe-lhe o anua da prova.

É preciso atender-se a que o consentimento para inscrição, que se segue ao acordo de constituição, leva consigO~

de ordinário, *reconhecimento de divida (G.* PLANCK, *Kommentar,* III, 872; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 493).

Se o que consta da inscrição é crédito sobre condição ou a termo, ou futuro, tem o titular do direito de hipoteca de provar que se deu o implemento da condição, ou que se chegou ao térnão, ou que nasceu o crédito <G. PLANa, *Kommentar,* III, 872; KÂiIL KoDER, 3. *v. Stav4ingers Kommentar,* LIX, 779; O. WAENEYER, *Kommentar,* II, 854). Advirta-se em que a averbação posterior de ter nascido o crédito é inadmissível (KARL KOBER, *.1. v.*

Staudingers Komrn,entar, III, 779; sem razão. .PLANa, *Kommentar,* III, 872).

Se o titular do direito de hipoteca alega que foi cancelada, sem razão, a inscrição, tem de provar que o crédito *ainda* existe, para destruir a presunção de não-existência da hipoteca e do crédito (G. PLANa, *Kommentar,* III, 872).

2.FÉ PUBLICA DO REGISTRO. Â fé pública do registro protege a quem

nele confia. A inscrição inexata por exata se tem, se trata de terceiro que algum direito adquiriu, confiando no registro.

A inexatidão do registro pode resultar: a) de falta de acordo de constituição ou de ser nulo; *b)* por falta do crédito que se mencionou na inscrição; *c)* por estar extinto <*e.* o., adimplemente, remissão). Os terceiros, que confiaram no registro, são protegidos, ainda que a nulidade do acordo de constituição resulte de ilicítude ou de incapacidade do dono do bem gravado ou do enfiteuta.

Se o dono do prédio ou o enfiteuta tem *exceções* contra o crédito garantido e contra a hipoteca, tais exceções desaparecem se adquire o crédito e a hipoteca algum terceiro, que confiou no registro. Só as exceções que constem do registro lhe poderiam ser opostas (3. BIEEMANN, *Sachenrecht,* 495; H. DERNEURG, *Das Biirgerliche Recht,* III, 787; G. Gt)THE, *Die Grundbuchordnung,* IX, 1709; diferente, MAHTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 495; GUSTAv BOERMER, Trennung von Hypothek und Forderung, *Archiv fui- BuJi-gerliches Recht,* 37, 206; LEO STmINEERG, Die Bedeutung des *§* 1138 BGB., .*Theringa Jahrbther,* 61, 407, e Erro ScmtEIBfl, *Schuld und Haftung,* 1, 320, que pensavam em só ficar divida imobiliária).

Se o crédito foi cedido e, com ele, a hipoteca, sem que o cessionário, nele registro, ou pela cessão, pudesse conhecer a *inedibilidade,* o dono ou enfiteuta do bem gravado não tem, como sujeito passivo da pretensão real, exceção de incedibilidade do crédito (O. WÂÉNEYEE, *Kommentar,* 354).

Quanto às exceções, se, por exemplo, havia contra o crédito a alegabilidade de vício redibitório, ou por violência, ou Erro, não constante, pois, do registro, e houve cessão do crédito, com transferência da hipoteca, o adquirente está incólume a ela. porque se fiou do registro. Pode dar-se que a exceção se dirija contra a própria hipoteca, como se o titular do direito de hipoteca concedeu prazo de espera ao proprietário ou enfiteuta, sem que isso conste do registro: com a cessão do crédito e transferência da hipoteca extingue-se a exceção.

O outorgado de hipoteca ou de transmissão da hipoteca, que foi, constituída por não-dono, adquire-a se do registro constava como dono hipotecante quem a constituiu, ou como titular do direito de hipoteca quem a transferiu. Exigem-no o principio da publicidade e a fé pública do registro. A 2.‟ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 21 de maio de 1948 *(R. de .1. B.,* 83, 119), julgou caso em que a falta de poder disposição ressaltava do registro (propriedade resolúvel>, mas

supondo os princípios acima expostos.

A hipoteca transfere-se cedendo-se o crédito, porém nenhuma regra jurídica no direito brasileiro submete a transmissão do crédito às regras jurídicas sobre a transmissão da hipoteca. Cada uma tem os seus pressupostos de fundo e de forma *(aliter,* no direito civil alemão, *§* 1.154).

Se o bem era inalienável, o acordo de constituição ou o negócio jurídico unilateral de constituição foi nulo, e há de ser retificado o registro (8.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de fevereiro de 1932, *R. dos T.,* 82, 48; 4ª Câmara Civil, 25 de março de 1932, 85, 32).

O art. 835 também incide em se tratando de registro de transmissões de hipoteca (Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de março de 1931, *R. dos T.,* 78, 451).

O art 836 veda duas inscrições no mesmo dia; não, duas constituições de hipoteca <Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 8 de outubro de 1924, .1?. *F.,* 44, 233).

Infração do art. 837 é causa de nulidade da inscrição (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de outu bro de 1931, *R. dos 7'.,* 79, 545). Se as duas se inscrevem, o adquirente da segunda, conforme registro, pode pedir reinscrição. Se o oficial do registro de imóveis transcreveu o acordo de transmissão sem que constassem os títulos anteriores, o registra, pela fé pública, que tem, faz prova do domínio (Supremo Tribunal Federal, 11 de novembro de 1938, *R. 1'.,* 78, 272): quem adquire àquele que consta como dono adquire legitimamente. Ã ação para retificação somente pode atingir quem obteve o registro. Qualquer prejuízo aos verdadeiros titulares do direito há de ser ressarcido pelo oficial do registro e pelo autor do ato ilícito que produziu o registro. Há, também, a ação contra o Estado, pelo ato de seu funcionário público, o oficial do registro.

Se a hipoteca e o crédito são inatacáveis, mas correspondem a pessoa distinta da que consta da inscrição, para o terceiro, que se fiou do registro, credor é quem consta do registro, enquanto não se procede à retificação. Por exemplo, houve cessão do crédito e acordo de transmissão da hipoteca, mas são nulos, e, a despeito disso, houve inscrição. A inscrição da cessão que o indevidamente inscrito faz tem-se por exata, em relação ao cessionário. O

proprietário ou enfiteuta, que paga a Esse, paga bem, e pode requerer

o cancelamento da hipoteca. Também são eficazes os atos jurídicos *atricto sens,t (e. g.,* interpelações), que se dirijam ao titular do direito de hipoteca, ao proprietário ou enfiteuta, ou vice-versa.

O registro legitima. As regras jurídicas do Código Civil, arte. 1.069, 1.071 e 1.072, não podem ser invocadas contra o que consta do registro. O que cede o crédito é legitimado a cobrá-lo, enquanto o devedor não conhece a cessão (art. 1.069); feito o registro da cessão, a fé pública dispensa notificação e qualquer fato que produza ciência pelo devedor. Se o proprietário ou enfiteuta paga ao cedente, ainda que, de fato, ignore a cessão, não se libera, e o cessionário, que consta do registro como tal, pode ir contra ele, com a sua ação real. De modo que, praticamente, o proprietário ou enfiteuta do prédio gravado tem de estar a par do que se passa no registro. O

oficial do registro não lhe pode negar o exame das inscrições, transcrições e averbações. Se houve notificação de cessão pelo cedente, mas do registro outra passa a constar, ao cessionário que consta do registro é que há de pagar o proprietário ou enfiteuta do prédio gravado.

Os princípios que regem a proteção dos terceiros que adquirem hipoteca ou direito sobre hipoteca são os mesmos que regem a tutela dos terceiros que adquirem a propriedade de imóveis ou direitos reais limitados sobre imóveis (Tomo XI, *§§* 1.222, 6, 7, 1.224, 2, 1.225, 1.226, 5, 1.227, 4, 1.244, 3, 15, 1.247, 4, 1.249, 1, 1.252, 12, e 1.258, 1; cp. *§§* 1.178, 2, e 1.191, 2, 5).

8.AQUISIÇÃO DA HIPOTECA SEM AQUISIÇIO DO CRÉDITO. A tutela dos terceiros que adquirem a hipoteca ou direitos sobre ela, por só se referir à hipoteca, direito real, e não ao crédito garantido, pode suscitar que se adquira a hipoteca e não se adquira o crédito. Por exemplo: quem adquire a hipoteca, mas o crédito teria sido irradiado de negócio jurídico ilícito, ou por outra causa nulo, obteve a hipoteca, não o crédito, porque negócio jurídico nulo não produz crédito, posto que a abstração que há no acordo de constituição de hipoteca e a tutela da fé pública determinem a aquisição da hipoteca. O crédito presume-se existente; a hipoteca transfere-se ao terceiro. - Em conseqüência disso, se o terceiro, adquirente, exerce ação contra o proprietário do imóvel gravado, não pode esse objetar com a ilicitude do crédito; se, em vez disso, o terceiro prefere ir contra o devedor pessoal, está exposto a que se oponha a ilicitude do crédito. Ali > ganharia; perderia, aqui. Se o proprietário é que é o devedor pessoal e as ações foram cumuladas, julga-se procedente uma e improcedente a

outra.

O que acima se disse bem mostra como se tem abusado da referência à acessoriedade da hipoteca. A hipoteca, aí.

é sem crédito (M. HACHENBUEG, *Vortrãge,* 532 s.; KARL KoBER, *.1.* ti. *Stauding era Kommentftr,* III, ao *§*

1.113; O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 872 a.; J. BImtMÂNN, *Sachei'trecht,* 495; H.

DFZNEURG, *Das Ritrgerliche Rech.t,* III, 737; O.GOTRE, *Die ~runbuchordVLtLflg,* II, 1709; C. PREDARI, *D:e Grurtdbuchordfllfltg,* 123 e 125; J. KoHLER, *Lehrbuch,* II, 451; O.MOca, *Das gesamte Au! vertungsrecht,* 5.‟ ed., 408; sem razão os que transformam a hipoteca, desde ai, em divida imobiliária, como MAItTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 498; GUsTAV BOERMER, Trennung von Hypothek und Forderung, *Archiv /1W* los *Biirgerliches Recht,* 37, 206; LEO STERNBERG, Die Bedeutung des *§* 1188 SOB., *Jherings Jahrbiicher,* 61, 407; OTiTo SCHREIDER, *Sckzdd und Haftung,* 1, 320).

§ 2.456. Inexatidões do registro hipotecário

1. INEXATIDÃO DO REGISTRO E RETIFICABILIDADE. Se o registro não reflete a verdadeira história do imóvel *(e. g.,* faltou ou foi nulo o acordo de constituição, faleceu ou incorreu em falência a pessoa que figura como sujeito na inscrição, nunca existiu o crédito, ou já não existe), tem o interessado na coincidência do registro com a situação jurídica verdadeira a *pretensão à retificação.* Tal pretensão é imprescritível, mas preclui sempre que a fé pública protege, contra qualquer retificação, o terceiro. Dai ser de todo o interesse que os legitimados à retificação a promovam, o mais cedo possível, para que se não torne intempestiva.

Quem tem a pretensão à verificação, ou exige e obtém da pessoa que figura na inscrição a colaboração na retificação, ou propõe a ação de retificação. A ação de retificação é ligada ao direito real que a inexatidão do registro ofende. Tem-na o titular do direito de hipoteca se há engano na inscrição, ou se foi cancelada indevidamente, como a tem o proprietário ou eu! iteuta se, tal como se fez, a inscrição não reflete o que se constituiu, ou se nada se constituiu.

A retificação pode ser feita enquanto a ela não *pe* opõe direito de terceiro. Se o titular do direito de hipoteca admitiu que se observasse

a hipoteca tal como foi inscrita, o tempo não faz prescrever a pretensão à retificação, que é imprescritivel. Nem do tempo pode resultar que o proprietário ou enfiteuta tenha de sofrer a hipoteca, tal como consta do registro, porque não objetou à inscrição ou qualquer outro registro pertinente à hipoteca, durante anos e anos, decênios e decênios. Não há prescrição da pretensão à retificação, nem há, no direito brasileiro, usucapião de hipoteca.

A retificabilidade cessa se alguém adquire direito que não depende da exatidão do registro, como se o possuidor próprio usucapiu o domínio, livre de hipoteca, ou se terceiro adquiriu o direito de hipoteca.

2. REGISTRO CAUTELAR. Para evitar os inconvenientes da lentidão com que se pode processar a demanda de retificação, ao interessado é aberto o caminho da inscrição cautelar da citação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), VII). Com isso, evita-se que alguém possa invocar o princípio da fé pública. A eficácia de tal inscrição, que é provisional, depende do resultado da ação proposta. Nenhuma retro eficácia tem tal inscrição. A ela está incólume quem quer adquirir, por transmissão negocial, entre vivos (art. 510, 1, do Código Civil), a hipoteca, ou o imóvel, ainda que tenha ocorrido tal aquisição entre a citação e a inscrição da cxtaçao.

Se a retificação é de Erro evidente, de modo que não possa prejudicar a terceiro a correção, incide a 2.‟ parte do art. 228 do Decreto n. 4.857, que diz: “Os erros cometidos na tomada de indicações constantes dos títulos poderão ser retificados, a requerimento do interessado, mas só produzirão efeito daí em diante, salvo quanto aos enganos evidentes cometidos no registro e que não possam acarretar prejuízos a terceiros, os quais serão corrigidos pelo oficial, com as devidas cautelas”. Aqui, a retificação é medida de pura técnica registrária. Se o oficial reputou inofensiva a terceiros e alguém se julgou prejudicado, pode pedir ao juiz que mande contra-retificar, isto é, desconstituir a providência do oficial, por incabível *in cwl.*

A inscrição do processo de retificação aliás, da citação pode ser ordenada de oficio (Decreto n. 4.857, art. 227, *ver!ns* “que será inscrito”).

3.DESPESAS. Os gastos que resultem da retificação correm por conta de quem a pediu, salvo se é caso para se invocar o art. 64 ou o art. 66 do Código de Processo Civil, ou responsabilidade por ato ilícito extraprocesual.

§ 2.457. Requerimento de Inscrição

1.ACORDO DE INSCRIÇÃO E CONSENTIMENTO PARA A INFEUTISação. Quando se acorda na inscrição da hipoteca, ou quando se declara, unilateralmente, que se quer inscrever hipoteca, porque se tem poder de disposição, não se consente, necessariamente, em que se peça <pedido exigência) a inscrição, mas de ordinário as duas declarações de vontade aparecem juntas, ou implícita na primeira a segunda. Essa é a razão por que a lei fala da *legitimação ativa* dos interessados, sem que a regra legal pré-exclua que se acorde na constituição e não se dê, desde logo, o consentimento para a inscrição, ao que o oficial do registro há de atender se consta do próprio instrumento do acordo de constituição ou por outro modo lhe foi comunicado, com a eficácia restritiva de que se trata.

Lê-se no Código Civil, art. 838: "Compete aos interessados, exibindo o traslado da escritura, requerer a inscrição da hipoteca; incumbindo especialmente promover a da legal às pessoas determinadas nos artigos seguintes".

Interessado tanto é o constituinte da hipoteca ou seu sucessor, quanto o outorgado ou seu sucessor. São legitimados os representantes legais e, em relação às hipotecas outorgadas por pessoas relativamente incapazes, ou a elas outorgadas, ou que lhes administram os negócios, com a assistência do relativamente incapaz.

Se outorgante ou outorgada da hipoteca foi mulher casada, sendo bem particular o imóvel gravado, ou a hipoteca, e no acordo de constituição ou depois não se atribuiu ao marido legitimação para requerer a inscrição, interessados são o outorgante ou outorgado e a mulher outorgada ou outorgante. O assentimento do marido à operação de outorga de hipoteca entende-se para o ato de constituição e o requerimento de inscrição.

Se a mulher assentiu em que o marido hipotecasse bem particular, entende-se que o assentimento foi para o ato de constituição e para o requerimento de inscrição.

Se o bem gravando é comum, marido e mulher têm de consentir, sendo de considerar-se, pela unidade do ato, que cada um assentiu no ato do outro. Qualquer dos cônjuges pode requerer a Inscrição.

Se a hipoteca é em garantia de crédito comum, os cônjuges têm, conjunta ou separadamente, legitituição para o requerimento de inscrição.

Tratando-se de hipoteca constituída em testamento, a inscrição pode ser requerida pelo inventariante, pelo testamenteiro ou pelo herdeiro gravado, ou pelo beneficiado pela disposição a causa de morte.

Se a constituição da hipoteca resulta de negócio jurídico unilateral, pode promover-lhe a inscrição o outorgante, sem necessidade de qualquer declaração do outorgado. Os direitos reais limitados de garantias exceto a anticrese, podem ser constituídos por negócio jurídico unilateral *(aliter,* a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, a renda sobre imóvel e as servidões). Pode-se garantir sem a vontade do beneficiado pela garantia.

A transmissão da hipoteca supõe o acordo de transmissão.

2.INSCRIÇAO DE HIPOTECAS LEGAIS. Diz o Código Civil, art. 839: "Incumbe ao marido, ou ao pai, requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal da mulher casada". No *§* 1.0: "O oficial público que lavrar a escritura de dote, ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, comunicá-lo-ão o *ficio* ao oficial do registro de imóveis". No *§* 2.0: "Consideram-se interessados em requerer a inscrição desta hipoteca. no caso de não o fazer o marido ou o pai, o doador, a própria mulher e qualquer dos seus parentes sucessiveis",.

O Código Civil, no art. 840, estabelece: "Incumbe requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal dos incapazes:

1. Ao pai, mãe, tutor, ou curador, antes de assumir a administração dos respectivos bens, e, em falta daqueles, ao Ministério Público. II. Ao inventariante, ou ao testamenteiro, antes de entregar o legado, ou a herança".

Diz o art. 841: "O escrivão, .em se assinando termo de tutela ou de curatela, remeterá, de ofício, e com a possível brevidade, uma cópia dele ao oficial do registro de imóveis". E o parágrafo único: "Na inscrição desta hipoteca se considerará interessado qualquer parente sucessível do incapaz".

Quanto à hipoteca legal do ofendido, estatuto o Código Civil, art. 842: "A inscrição da hipoteca legal do ofendido compete, além deste: 1. Se ele for incapaz, ao seu representante legal, para satisfação do estatuído no art. 827, n.

VI. 11. Ao Ministério Público, para o disposto no art. 827, n. VII".

A inscrição é de interesse público, bem assim a especialização. Dai dizer o Código Civil, no art. 843: "Os interessados na inscrição das referidas hipotecas podem pessoalmente promovê-la, ou solicitar a sua promoção oficial ao Ministério Público".

Estatui o Código Civil, art. 844: "A inscrição da hipoteca dos bens dos responsáveis para com a Fazenda Pública será requerida por eles mesmos, e, em sua falta, pelos procuradores e representantes fiscais". Em boa terminologia, os legitimados são: a) os próprios responsáveis; b) os órgãos do Estado (União, Estado-membro, Município) ou os que dele receberam poder de representantes. Procuradores da Fazenda e advogados da Fazenda, quando funcionários públicos, são órgãos. Dificilmente, hoje, o Estado confere poderes de representação. Isso não quer dizer que não possa ter advogados, ainda em quadro de funcionários, sem os considerar órgãos.

Quanto à responsabilidade dos que são obrigados a promover a inscrição e a especialização, diz o art. 845: "As pessoas a quem incumbir a inscrição e a especialização das hipotecas legais ficarão sujeitas a perdas e danos pela omissão". A omissão, ainda sem culpa, obriga à indenização pelo Estado,, se o obrigado era funcionário público (Constituição de 1946, art. 194; a responsabilidade do funcionário público perante o Estado é que se funda na culpa (Constituição de 1946, art. 194, parágrafo único).

3.DÚVIDA DO OFICIAL DO REGISTRO. Lê-se no Código Civil, art. 884: "Quando o oficial tiver dúvida sabre a legalidade da inscrição requerida, declará-la-á por escrito ao requerente, depois de mencionar, em forma de prenotação, o pedido no respectivo livro". Com essa declaração, o oficial do registro dá ensejo ao interessado a estabelecer-se a *relação jurídica processual* angular (interessado, Estado; Estado, oficial do registro). Se a dúvida for julgada procedente, não se faz o registro, e somente posterior requerimento dá nova data à inscrição. Se for julgada improcedente, procede-se à inscrição, mas a data é a da prenotação: "Se a dúvida", diz o art. 835 do Código Civil, "dentro em trinta dias, for julgada improcedente, far-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. No caso contrário, desprezada esta, receberá a inscrição o número correspondente à data, em que se tornar a requerer

A inserção dos dizeres "dentro em trinta dias" leva a certos equívocos. Estão no art. 835 do Código Civil e no art.

221 do Decreto n. 4.857. A dúvida pode ser julgada procedente dentro dos trinta dias, ou depois dos trinta dias.

Ao julgamento de improcedência é indiferente que tenham decorrido, ou não, os trinta dias. Se o acréscimo criticado se referisse à prenotação. essa somente teria eficácia durante. o tempo de trinta dias, a contar-se da aposiçãO da dúvida. O prazo era de três meses, no Projeto primitivo. art. 978; mas, qualquer que fosse, não se poderia dar prazo à eficácia da sentença definitiva, transita em julgado. No Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, arts. 68-71, de nenhum prazo se cogitava. Seria absurdo que, sendo improcedente a dúvida e *injusta* a decisão do juiz de primeira instância ou de superior instância, que o não reconhecesse, O recurso ou recursos para os tribunais não pudesse manter a data da prenotaçao (sem razão, CLÓVIS BEVILÁQUA, *código Civil conto* li *tado,* III, 420). O art. 837 tem de ser lido como se la estivesse escrito "Se a dúvida, *para cuja* resolução *tem o juiz* o *prazo de trinta dias,* for julgada improcedente~ a inscrição f ar-se-a com o mesmo número, que teria na data da prenotação. No caso contrário, desprezada esta, receberá a inscriçao o número ~0~respondente à data, em que se tornar a requerer". Se o juiz julga procedente a dúvida e há o recurso, sendo provido e, pois,

□inscritível a hipoteca, transitando em julgado a sentença, não se pode deixar de atender à eficácia sentencial, que se refere exatamente ao exame da inscritibilidade àquela data em que se fez a prenotação.

§ 2.458. pluralidade de hipotecas

1.DIREITOS REAIS DIFERENTES E DUAS OU MAIS HIPOTECAS. Lê-se no Código Civil, ad. 812: "0 dono do imóvel hipotecado pode constituir sobre ele, mediante nOVO titulo, outra hipoteca, em favor do mesmo, ou de outro credor". O bem gravável de hipoteca pode já ser gravado de outro direito real ou já estar hipotecado, ou vir a ser gravado de outro direito real ou de outra ou outras hipotecas.

2.ORDEM DAS ESCRIÇÕES DAS HIPOTECAS E GRAUS. Lê-se no art. 833 do Código Civil: "As inscrições e 5~erbaçOe5, nos livros e hipotecas. seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo". E no parágrafo único: "O número de ordem determina a prioridades e esta a preferência entre as hipotecas".

O número de ordem é que determina a prioridade do direito real

limitado, inclusive do direito real de garantia. A prioridade é entre hipotecas e entre direitos reais limitados de diferentes espécies. Na art. 262 do Decreto n. 4.857

estabelece-se:

"A prioridade das hipotecas convencionais, legais ou judiciárias, todas especiais ou especializadas, será exclusivamente regulada pelo número de ordem~ do protocolo, ressalvadas as hipóteses dos arts. 206-208". No art. 206 do Decreto n. 4.857 está dito: "Se for apresentado título de segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, depois de prenotá-lo, esperará trinta dias que o interessado na outra promova o registro, com a devida preferência. Esgotado esse prazo, que correrá da data da apresentação, sem que apareça o primeiro título, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele". O art. 206 do Decreto n. 4.857 é apenas para o caso de haver referência a hipoteca *anterior,* o que se pode dar em terceira, ou quarta hipoteca; não, à *reserva de grau.* Se houve reserva de grau, há de isso constar da inscrição que for feita, convindo que antes se lavre no livro a inscrição *reservante,* apenas como mais explícito registro. Posteriormente, a inscrição da hipoteca preferente aludirá à reserva feita e aos lugares em que consta ter sido feita a reserva. O art. 207 do Decreto n.

4.857 corresponde ao art. 836 do Código Civil. Diz o ad. 207 do Decreto n. 4.857: "Não serão registrados no mesmo dia direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel, salvo se ambas as escrituras, do mesmo dia, determinarem a hora da sua lavratura, prevalecendo, neste caso, a que tiver sido lavrada em primeiro lugar, ou ficarão em pé de igualdade, se coincidirem".

3.PLURALIDADE DE HIPOTECAS NO MESMO DIA. Diz o Código Civil, art. 836: "Não se inscreverão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo determinando-se precisamente a hora, em que se lavrou cada uma das escrituras". A regra jurídica há de ser entendida como vedativa de inscrição de duas ou mais escrituras de hipoteca, ou de uma escritura de hipoteca ou outra ou outras de outro direito real, ou de escritura que contenha duas hipotecas (direitos reais) no mesmo ato, se recaem no mesmo imóvel. Ficam por ser consideradas as espécies menos freqüentes: a) a de hipoteca a favor de comunhão unitária *(e. g.,* marido e mulher); *b)* a hipoteca a favor de credores solidários; e) a hipoteca a favor de credores conjuntos. Quanto a a), não há dúvida sobre ser possível ser *urna* a hipoteca e

serem *dois* ou *mais* os credores garantidos por ela, se há comunidade unitária. Toda comunidade unitária é bastante para que se permita a inscrição, a despeito do art. 836. Quanto a b), nada obsta a que se inscrevam *as* hipotecas, tantas quantos os créditos solidários, porque a prestação é única e, satisfeito um dos credores, a hipoteca a favor de outro, ou as hipotecas a favor de outros se extinguem. Discutiu-se se, ai, seria *uma só* a hipoteca, ou se haveria tantas hipotecas quantos os créditos solidários: pela primeira construção, G. PLANCK *(Kornmentar,* III, 770) ; pela segunda, *J.* BIERMANN (Pfandrechte und Hypotheken bei Gesamtschulden, *Archiv flÂr Rilrgerliches Recht,* 40, 338 s.), A. VON TUHR *(Der Allgerneirte Teu,* 1, 90) e outros. Quanto a *e),* ou se recorre à analogia com a comunhão simples, pois que cada um dos credores sOmente pode cobrar para todos, ou se exclui a própria analogia, ou se entende que a hipoteca é unitária (G. PLANCK, *Komment ar,* III, 770; contra, a favor da analogia, A. VON TUER, *Der Áligemeine Teu,* 1, 90~s., e O. HIRSCHFELD, *Beitrdge,* 119 s.). O simples fato de serem conjuntos os credores não faz una a hipoteca, posto que, no caso de execução forçada, se possa pensar em se resolver à semelhança da execução voluntária (sem razão, o argumento de A. VON TUBa, *Der Áligemeine TeU,* 1, 90, nota 38, *in tine)*. O instituto das *letras hipotecárias* é diferente; bem assim o das *debéntures.* Quanto à prioridade das hipotecas, se o ato é referente a credores em comunhão, ou credores solidários, ou conjuntos, não há: a contemporaneidade, aí permitida, da inscrição dá o mesmo grau a todos, de modo que o recebimento por um credor importa, dentro dos princípios, extinção do crédito dos outros. Pode ocorrer que o dono do imóvel hipotecado adquira os créditos; nem por isso se unifica a hipoteca.

4.COMUNHÃO “PRO INDIVISO” E COMUNHÃO “PRO DIVISO” DO PRÉDIO GRAVADO, SUPERVENIENTES. Se o prédio hipotecado passa a ser condomínio ou comunhão *pro divisa,* a transcrição da partilha multiplica as hipotecas, de modo que se há de pensar em tantas hipotecas quantos os quinhões (ali. 623, III, *ii, fite),* ou em hipoteca de todos os condôminos ou comuneiros *pra divisa* quanto ao todo, o que não se presume e estabelece comunhão simples passiva (art. 737, 1a parte). A questão é diferente da que concerne à hipoteca única em garantia de vários devedores não-condôminos, nem comuneiros *pro divisa* do prédio hipotecado. Se os devedores são solidários, ou conjuntos, e a hipoteca é prestada por um deles ou por outrem, dono do prédio, a cada dívida corresponde uma hipoteca, com a eventual oposição de exceções do proprietário, relativas à pessoa de cada credor, e das exceções do devedor solidário ou conjunto ao credor respectivo. Quanto à hipoteca a favor só de um devedor, ou credor,

solidário ou conjunto, não há dificuldades: a extinção do crédito acarreta a da garantia, inclusive se quem pagou foi devedor não garantido.

Estatui o Código Civil, ali. 837: "Quando, antes de inscrita a primeira, se apresentar ao oficial do registro, para inscrever, segunda hipoteca, sobrestará Me na inscrição desta, depois de a pré notar, até trinta dias, aguardando que o interessado inscreva primeiro a precedente". Disse-se o mesmo no art. 206 do Decreto n. 4.857. Já advertimos em que com isso não se Impede a *reserva de grau,* criação da doutrina.

§ 2.459. Reserva de grau, troca de grau e mantença de grau

1.CONCEITO. Já vimos, no Tomo XVIII, *§* 2.149, o que é a reserva de grau e como se há de construir no direito brasileiro. O ali. 837 do Código Civil é dispositivo, e não cogente. Mediante a reserva de grau, os interessados escapam ao principio da prioridade: guarda-se lugar para hipoteca que virá depois. Em verdade, com a hipoteca que se inscreve supõe-se que outra já estivesse inscrita, o que se consegue com a averbação da reserva de grau.

Também se pode trocar de grau, de modo que a hipoteca *Já* inscrita com o grau *a* passa a ter o grau *b,* e a hipoteca Com o grau *b* se faz hipoteca com o grau *a.* São outorgas de grau de preferência, dependentes, para a eficácia em relação ao proprietário (ou enfiteuta), de assentimento desse.

Quanto às inscrições intermédias as que se fizerem entre *a* e *b* há duas soluções, *de lege ferenda:* a reserva de grau seria absoluta, de modo que a hipoteca prevista se imporia àquela que se inscreveu e a quaisquer outras subseqüentes a essa *(princípio da reserva absoluta de grau) ;* a reserva de grau seria relativa, de jeito que a eficácia só se operaria entre a hipoteca inscrita e a hipoteca prevista *(princípio da reserva relativa de grau).* Além disso, o princípio adotado pode ser concebido como cogente ou como dispositivo.

2.RESERVA RELATIVA E RESERVA ABSOLUTA DE GRAU. No direito brasileiro, temos de considerar que se recebeu o principio da reserva relativa de grau, com o caráter de *jus dispositivum.* O constituinte da hipoteca que se reservou grau pode reservá-lo absolutamente, registrando a reserva por meio de inscrição; se não estabeleceu absolutidade, tem-se a reserva como relativa.

8. TROCA DE GRAU. Quanto à troca de grau, ou os terceiros inscritos (inscrições intercalares) consentem na troca, o que em verdade significa que *a, b* e o trocaram com *d,* e não só *a* com *d,* ou a troca de grau só é eficaz entre a. e á, dispensando-se, portanto, consentimento ou assentimento de *b* e e. Os direitos de *b* e e ficam incólumes a quaisquer efeitos do negócio jurídico de troca de grau. Por exemplo: se a hipoteca de grau superior *(* = mais antiga) se extingue, a hipoteca de grau inferior *(* = = mais nova) não fica no lugar daquela, prejudicando as hipotecas intercalares.

As trocas de grau têm de ser averbadas em todas as hipotecas que figuraram nas trocas.

4. EXERCICIO DO DIREITO DE RESERVA. Só o proprietário (ou enfiteuta) pode exercer o direito de reserva de grau: só ele pode reservar e somente ele pode empregar a reserva que foi feita por ele, ou seu antecessor. Não se pode ceder o direito de reserva, nem é suscetível de penhora. Todavia, feita a penhora do bem imóvel, não pode o proprietário (ou enfiteuta) executado exercer o direito, porque seria ir contra os interesses dos credores (A.

NUSSEAUM, ~*wangsversteigerufto,* 32 s.). Também pode acontecer que, antes de o proprietário (ou enfiteuta) exercer o direito de reserva de grau, advenha incidência de hipoteca legal ou judiciária, que se anteponha à hipoteca prevista.

§ 2.469. RESERVA, TROCA E MANTENÇÃO DE GRAU Se a reserva foi absoluta, qualquer hipoteca posterior tem o grau que competiria se a hipoteca prevista já estivesse inscrita ao tempo em que se fez a reserva.

Se a reserva foi relativa, a hipoteca prevista passa á frente da hipoteca que se inscreveu com a reserva, mas vem depois das que se fizeram no intervalo.

5.MANTENÇÃO DE GRAU PELA HIPOTECA RENOVANTE. A hipoteca está sujeita à regra jurídica do art.

817 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0: “Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca até perfazer vinte anos, da data do contrato. Desde que perfaça vinte anos, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo titulo e nova inscrição; e, neste caso, lhe será mantida a precedência, que

então lhe competir". Trata-se, na 1.8

parte do ali. 817, de *prorrogação,* o que tem de ser requerido *antes* de se esgotar o prazo da hipoteca vigente e nunca por tempo que, somado aos anteriores, perfaça mais de vinte anos. Se a soma excede os vinte anos, é de discutir-se se *a)* nula é a prorrogação, ou se *b)* apenas ineficaz o excesso; e a resposta é no mentido de *b).* Na 2.~

parte do ali. 817, não há prorrogação; há, para todas as conseqüências, renovação *(=* nOvo acordo de constituição seguido de nova inscrição). AI, a lei confere a essa hipoteca renovada o grau que a hipoteca anterior tinha, no momento em que acabou. À renovação só se pode proceder: o)se o tempo da anterior ou a soma dos tratos de tempo que tiveram as anteriores atingiu os vinte anos; *b>* se a hipoteca anterior não se extinguiu (pelo desaparecimento da obrigação principal, pela destruição da coisa ou resolução do domínio, pela renúncia do título do direito de hipoteca, pela remição, por sentença passada em julgado, pela prescrição, ou pela arrematação ou adjudicação) e terminou ou vai terminar o prazo que tinha a anterior. A renovação pode ser suscitada antes de terminar o prazo da hipoteca anterior, ou, depois de terminado, enquanto não se ext ingue a hipoteca anterior. O

Inicio da nova hipoteca é a partir do dia em que se venceu. Salvo se *outra* Inscrição sobreveio, no intervalo.

Nos casos de vencimento antecipado da divida hipotecária, por uma das causas do art. 762, 1 (deterioração ou depreciação bem gravado, de modo a desfalcar a garantia, sem se ter dado reforço da hipoteca), II (insolvência ou falência do devedor), III (inadimplemento das prestações, sem ter o titular do direito de hipoteca recebido, embora depois, o pagamento), e V (desapropriação do bem gravado), não há pensar-se em renovação.

A regra jurídica do art. 817 é *limitativa* do prazo da hipoteca: não pode ser de mais de vinte anos, nem ser prorrogado por tempo que, somado ao anterior, ou aos anteriores, se alguma ou algumas prorrogações houve, perfaça mais de vinte anos.

No Código Civil, o art. 832, sem alcance que o justifique em lei de direito privado, diz: "Para a inscrição das hipotecas haverá em cada cartório do registro de imóveis os livros necessários". No Decreto n. 4.857, ali. 258, fala-se do livro 2, em que se têm de inscrever "as hipotecas de qualquer espécie, inclusive as que abonarem especialmente emissões de debêntures".

§ 2.460. Hipoteca constituída em testamento

1.DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE E HIPOTECA. Se o testador dispôs que se constituiria hipoteca, ou que constituía hipoteca, a favor de alguma dívida da herança ou de outrem, tem-se, respectivamente, de fazer acordo de constituição com o inventariante, ou inscrever a hipoteca que se constituiu, se o crédito era da herança, ou permitir que o credor requeira inscrição, considerando-se o requerimento como aceitação e requerimento. A eficácia real depende da inscrição.

2.DA ação DE HIPOTECA A FAVOR DE LEGATÁRIO DE CRÉDITO. A aceitação do legado envolve aceitação da constituição de hipoteca. As ações do legatário são no sentido de haver o crédito e a hipoteca. É

renunciável a garantia, sem se ter renunciado ao legado de crédito.

§ 2.461. Hipotecas legais e hipotecas judiciais; hipotecas especiais pelo objeto 1. HIPOTECAS LEGAIS. As hipotecas legais oferecem a particularidade de independerem de ato dos figurantes e do juiz, salvo no tocante à inscrição e especialização. O assunto é assaz importante para que lhe deixemos de dedicar capítulo à parte.

2. HIPOTECAS JUDICIAIS. Para que a hipoteca se diga judicial é preciso que a constitua o juiz, sem ser como ate de execução. Teremos ensejo, em capitulo especial, de frisar as diferenças entre as hipotecas legais e as judiciais.

3.HIPOTECAS ESPECIAIS. As hipotecas especiais por seu objeto são tratadas em capítulos, com as suas particularidades.

§ 2.462. Hipoteca conjunta

1.CONCEITO. No mesmo instrumento (unidade formal) pode haver pluralidade de hipotecas. Se uma das hipotecas é de pertenças, a alusão a essas torna possível constituir-se, ainda se bens móveis, configurando-se a *hipoteca conjunta* (Código Civil, art. 810, II). Devido a graves impropriedades terminológicas do Código Civil, a esse propósito *(e. g.,* "acessório", arts. 43, 1, 60, 61, 62, pr., e 810, II, no sentido de parte integrante, e

"acessório", art. 810, II, no sentido de pertença, e "acessões", no art.

811, no sentido próprio), tem-se de ter todo cuidado na feitura de escrituras de hipoteca sempre que se alude aos arts. 810, II, e 811.

2.PERTENÇAS E HIPOTECA. Posto que sem linguagem técnica precisa, acertou na interpretação do art. 810, II, a 3 B Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 24 de julho de 1946 (1?. *dos T.,* 105, 622), que aliás examinou a espécie das pertenças colocadas em outro prédio (esse outro, prédio locado). A relação de pertinencialidade pode ser independente da montagem, instalação ou fixação no prédio hipotecado. A penhora apanha o imóvel hipotecado e quaisquer construções e melhoramentos que se fizeram no prédio (Câmaras Conjuntas de Agravos da Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de dezembro de 1935, *A. .1.,* 39, 42). Não as pertenças (Código Civil, art. 810, II), salvo se foram hipotecadas conjuntamente.. (hipoteca conjunta). As plantações e mais acessões passam a ser parte integrante do objeto hipotecado (3.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de dezembro de 1930, *R. dos T.,* 77, 310; 2.8 Câmara Civil, 9 de outubro de 1931, 80, 42; 48 Câmara Civil, 3 de dezembro de 1931, 84, 60; 5.s Câmara Civil, 11 de março de 1932, 82, 444; 2.8

Câmara Civil, 16 de fevereiro de 1934, 89, 316; 4□8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1? de março de 1939, 119, 585; 3□8 Câmara Civil, 10 de setembro de 1941, 135, 676; 1.8Câmara Civil, 31 de maio de 1945, 160, 137, e 3 de dezembro de 1945, 164, 239).

Os frutos pendentes incluem-se no objeto da hipoteca, porque são partes integrantes despregáveis (Código Civil, art. 43, 1; Tomo II, *§§* 127, 4,~5, 128, 1, 129, 1). Os frutos não estão incluídos nos betítede que, segundo o art.

810, II, do Código Civil, se precisa fazer *hipoteca conjunta,* Erro crasso que cometeram as Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 15 de maio de 1929 *(A. J.,* 11, 76), pois frutos não são pertenças. Rege a espécie o art. 811, e não o art. 810, II.

§ 2.463. Eficácia da constitui$o de hipoteca

1.EFICÁCIA REAL. O acordo de constituição de hipoteca vincula, porém não obsta a que o constituinte da hipoteca, antes da inscrição, acorde com outrem constituir hipoteca e o terceiro, obtendo a inscrição, fique no lugar daquele que poderia ter conseguido, antes, a inscrição do acordo em que foi figurante.

Somente com a inscrição, há a eficácia real da hipoteca. Noutros termos: somente com a inscrição nasce o direito real de hipoteca. esse direito é de eficácia *erga omnes.* Todavia, casos há em que, a despeito de haver o direito real, a eficácia da hipoteca é relativa, por ser ineficaz relativamente a alguma ou algumas pessoas. No art. 848, 1.‟

alínea, do Código Civil, diz-se: “As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição”. Deve-se ler o art. 848, 1.‟ alínea, como se nele estivesse escrito: “Os acordos de hipoteca somente são eficazes contra terceiros desde a data da inscrição”; ou melhor:

“O direito real de hipoteca nasce com a inscrição”. O conceito de validade (verbo “valem”) é, ai, de todo impertinente: denuncia que os legisladores não sabiam distinguir, precisamente, validade e eficácia, invalidade e ineficácia. Na 2.~ alínea, o art. 848 acrescenta: “Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes”.

2.ANTES DA INSCRIÇÃO. Antes da inscrição não há direito real de hipoteca. Quando se fala de hipoteca ainda não inscrita, emprega-se elipse, em vez de aludir-se a “acordo de constituição de hipoteca ainda não inscrita”. O

acordo de constituição de hipoteca tem eficácia vinculativa, não, porém, real.

O acordo de constituição é abstrato, como o de enfiteuse, ode servidão. o de usufruto, o de uso e o de habitação.

Todos são abstratos, como o de transmissão da propriedade.

3.PROBLEMA DAS AQUISIÇÕES E UNIÕES DE TERRENOS. Se o dono do prédio, após a hipoteca, adquire terrenos e os junta ao que fora hipotecado, há o problema de saber se, por analogia, se tem de invocar o art. 811

do Código Civil, ou se o principio da especialidade exige que só se dê ao art. 811 interpretação estrita.

O que se aumenta de terreno ao imóvel, em virtude de ato do dono, sOmente passa a ser integrante dele, após a hipoteca, se foi feita a averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285) ; salvo se a espécie cabe no art. 541, ou no ali. 542, ou no art. 547, ou no art. 548, ou no art. 549, ou no art. 549, parágrafo único, ou no art.

560, ou no art. 567 e parágrafo único, do Código Civil, porque então não é preciso o registro.

No Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 137, *§* 3Y (revogado>, dizia-se que a hipoteca abrange todas as benfeitorias que acrescerem ao imóvel depois de hipotecado; e no ali. 138, *§* 3~0, "os terrenos adquiridos pelo devedor e incorporados expressa ou tacitamente ao imóvel hipotecado", no caso de ter o devedor adquirido "as partes de um imóvel hipotecado, mas posteriormente fracionado por divisão ou partilha". A regra jurídica, pessimamente concebida, parecia dar a entender que a partilha ou divisão do bem gravado excluía a hipoteca das partes que não ficavam com o devedor. Ora, ai a hipoteca das outras partes é hipoteca em garantia de divida de terceiros.

Antes, no Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 143, £ 3□O, o velho regulamento hipotecário sujeitava à hipoteca "os terrenos adquiridos pelo devedor e incorporados expressa ou tacitamente ao imóvel hipotecado".

LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 78) profligou o ali. 143, *§* 3.~, por estranho à lei e sem pertinência no que dizia. No Código Civil argentino, art. 3.110, *in fine,* explicitou-Se exatamente o contrário:

.... las adquisiciones hechas por eI proprietario de inmuebles contiguos para reunirlos aí inmueble hipotecado, no están sujetas à la hipoteca".

No direito brasileiro de agora, temos de atender a que o ato do dono do terreno, aumentando-o, faz certo a) que, com o registro, aumentou o objeto da hipoteca, que, se o contrário se admitisse, b) tornaria a hipoteca sobre bem especializado em hipoteca sobre parte real. Antes do registro, nenhum problema exsurge. Após o registro, foi o dono do prédio que, fazendo maior o bem, fez maior o objeto da hipoteca. Poderia tornar essa porção, que é a mais, *pertença,* mas tal relação de pertinencialidade nada tem com a união dos terrenos.

4.ACESSÕES E BENFEITORIAS. O ali. 811 do Código Civil é *ius côgens,* e não dispositivo (sem razão, a 3.s Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1933, *R. dos T.,* 87, 847). Não se pode hipotecar o terreno dizendo-se que a hipoteca não abrange as acessões, ou não abrange as benfeitorias necessárias e úteis, ou não abrange as construções, ou algumas construções. A construção é que pode não ser incluída, por ser despregável e, pois, estranha ao bem, ou apenas pertença dele (Código Civil, art. 810, II).

5. FRUTOS. A respeito de frutos, há erros palpáveis na jurisprudência, devido a não se haver partido de rigorosa conceituação e classificação dos frutos como partes integrantes do bem gravado, embora despregáveis.

A 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de abril de 1940 (JOSÉ O. R. DE ALCKMIN, *Repertório de Jurisprudência,* II, 783 s.), julgou mal, entendendo que o pagamento antecipado de alugueres não depende de registro para eficácia *erga* omnes. Se a locação só é respeitada pelo adquirente do prédio (Código Civil, art. 1.197) se houve registro, claro é que não é adstrito ao respeito dos adiantamentos de alugueres se registro não houve. A hipoteca recai sobre o bem tal como se apresenta no momento, sem que se possa fazer qualquer restrição à sua incidência que não provenha de eficácia

real ou erga *omnes.* No mais, o relator do acórdão ignora o que sejam frutos. Frutos são partes integrantes, que só se podem livrar do gravame se já separados. Se o bem gravado está alugado, a hipoteca estende-se aos créditos de alugueres, porque são frutos civis, ainda não separados do bem (pelo principio de sub-rogação real, os frutos civis estão no lugar dos frutos naturais ou do uso).

A penhora apenas estabelece, quanto aos frutos pendentes, a proibição de os alienar e, em geral, de os livrar do gravame. Os frutos separados tornam-se penhorados como bens móveis, porque já o estavam como partes integrantes. Inclusive às alugueres, frutos civis. Penhora de frutos civis é penhora de pretensão a frutos.

A alienação antecipada de frutos naturais ou civis não ainda separados não é oponível ao titular do direito de hipoteca, salvo, se registrada antes da constituição da hipoteca, ou da transferência do direito de hipoteca a terceiro, ou da penhora.

O recebimento antecipado de frutos civis só é oponível se houve registro antes da inscrição da hipoteca ou da penhora.

Iniciado o executivo hipotecário, apanha ele os frutos civis (5.8 Câmara da Corte de Apelação do -Distrito Federal, 9 de julho de 1931, 63 Câmara, 24 de julho de 1934, *A.* 3., 32, 42; Câmaras Conjuntas de Agravos, 28 de julho de 1936, 41, 495, *R. F.,* 68, 347; 2.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 25 de março de 1942, *R. F.,* 91, 485).

§ 2.464. Ineficácia relativa da constituição de hipoteca

1.CONSTITUiÇÃO DE HIPOTECA POR PESSOA SEM PODER DE DISPOSIÇÃO. A falta de poder de disposição ou provém de não ser dono do bem gravando o constituinte, ou de não ter tal poder o dono. Ali, há *ineficácia,* como se, em vez de hipotecar o bem alheio, o alienasse o disponente sem poder de dispor. Aqui, *nulidade,* por infração da regra jurídica sobre indisponibilidade *in casu.* Advirta-se em que, se o não-dono constava do registro como dono, a aquisição pelo terceiro é eficaz, pois que se fiou do registro. No caso de ineficácia, por não ser dono o constituinte, nem ter poder de representação, a ratificação opera *ex time,* e aproveita o que eficazmente se constituiu, no intervalo, a favor de terceiro, sem se haver cancelado o registro.

2.PENHORA, ARRESTOS, SEQÜESTROS E HIPOTECA. A hipoteca após a penhora, arresto ou seqüestro do bem hipotecável é *ineficaz* (independentemente de qualquer ação contra a inscrição da hipoteca feita pelo oficial de registro), se houve a inscrição segundo o ali. 178, a), VI, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 ("das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis"). A hipoteca, que sobreveio, vale; apenas não pode ser oposta ao credor que obteve a penhora, nem contra quem pediu o arresto ou o seqüestro. Inscrita a penhora, os credores que requerem concurso de credores são tratados como o credor que obteve a penhora, ainda que só se hajam apresentado após a inscrição da hipoteca.

Se o processo executivo se extingue, sem se proceder à extração do valor, a hipoteca, que se tinha por ineficaz, passa a ser eficaz *erga oinnes,* com o grau que lhe cabe à data da inscrição, e qualquer penhora, que sobrevenha, só tem eficácia a partir da data da nova inscrição.

3.AÇÕES REAIS E REIPERSECUTÓRIAS. .2~ A hipoteca do bem, se há ação real ou" reipersecutória, que o atinja, tendo sido inscrita a citação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, ali. 178, *a),* VII), é ineficaz.

Não se trata de nulidade. A hipoteca, qUe se faça, vale; apenas não opera contra o autor que obteve a inscrição da ação. O litisconsorte que entra na relação jurídica processual após a inscrição da citação, embora após a inscrição da hipoteca, é tratado como se estivesse na ação antes da citação.

Se vem a ser decretada a nulidade do processo, que atinja a citação,

ou se por outra razão se extingue a relação jurídica processual, sem se julgar do mérito, ou se há absolvição do demandado, a hipoteca torna-se eficaz *erga omnes*.

4. FALÊNCIA E HIPOTECA. A hipoteca voluntária, legal ou judicial, que se inscreveu depois da decretação da falência, é *ineficaz* (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 40: "Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor"). Se há decisão que, em grau de recurso, ou ação rescisória, revoga a de abertura da falência, a hipoteca que fora inscrita após a decisão revogada torna-se eficaz *erga omites*.

A revocatória falencial da hipoteca inscrita (Decreto-lei n. 7.661, art. 53), ou a declaração de ineficácia conforme o art. 52, III e VII, do Decreto-lei n. 7.661 têm as mesmas conseqüências: a hipoteca, que se fez com intenção de lesar, ou, ainda sem tal intenção, no período legal da falência, é ineficaz, relativamente. Se sobrevém decisão que revogue a anterior, a hipoteca faz-se eficaz *erga omites*.

5. HIPOTECAS A FAVOR DA MASSA FALIDA. Durante a falência podem ser constituídas hipotecas contra terceiro e a favor da massa falida. Durante o termo findo, se há concordata preventiva ou falencial. Pode dar-se que a hipoteca seja judicial, ou hipoteca judiciária, ou legal.

§ 2.465. Ineficácia relativa das hipotecas pré-concursais

1. TÉCNICA LEGISLATIVA. E problema de técnica legislativa tratarem-se as garantias reais anteriores, de certo tempo, à falência, ou ao concurso de credores, ou a) como nulas, ou *b)* como ineficazes, ou e) como apenas anuláveis antes e depois do concurso, ou revogáveis após a abertura da falência. Uma vez que seria absurdo adotar-se a solução da nulidade subjetivamente relativa, tal solução está excluída. No direito falencial, a primeira solução foi acolhida, sem dificuldades teóricas e práticas, porque a revogação mesma pode ter eficácia somente relativa. O Código Civil, no art. 823, estatuiu: "São nulas, em beneficio da massa, as hipotecas celebradas em garantia de débitos anteriores, nos quarenta dias precedentes à declaração da quebra ou à instauração do concurso de preferências". A despeito das expressões "em benefício da massa", alguns intérpretes mal-avisados, que desconheciam a critica secular ao conceito de nulidade subjetivamente

relativa, pensaram em nulidade, como se, para o legislador brasileiro, o termo "nulidade", ou "validade", tivesse, sempre, o sentido técnico *(e. g.,* nos arts.

1.069 e 622, por exemplo, "não vale "revalidada" significa "não tem ineficácia" e "eficacizada"). Outros ativeram-se à noção de presunção de fraude, que apenas seria fundamento *de lege ferenda,* criando o problema da defesa com prova contrária. Um deles (AZEVEDO MARQUES, *Hipoteca,* 83) recusava incidência ao ad. 823, porque, a despeito da clareza do art. 823, que fala de "em benefício da massa" e "quarenta dias precedentes à declaração da quebra ou à instauração do concurso de preferência", o Congresso Nacional havia suprimido o artigo que se referia à quebra civil. Noutros termos, o jurista entendia que havia de incidir, não a lei, mas o que, em certo momento, esteve na mente dos legisladores, e a coerência do sistema jurídico havia de ser exigida com o que esteve na mente dos legisladores, e não com o que estava no todo da lei. Uma vez que não há arrecadação, dizia ele, não se pode pensar em concurso de credores. Ora, a arrecadação pode servir, porém de modo nenhum é elemento necessário à prova da insolvência e, pois, à abertura do concurso de credores.

2. SOLUÇÃO DADA PELO CÓDIGO CIVIL. Os intérpretes do Código Civil ora viram no ad. 823 nulidade, ora anulabilidade. A primeira interpretação esbarra com as expressões "em beneficio da massa", de modo que admiti-la seria admitir-se nada menos que a nulidade subjetivamente relativa, conceito que mostramos, na Parte Geral, ser absurdo *(ser* e *não ser* nulidade). AZEVEDO MARQUES *(Hipoteca,* 190) e JORGE AMERICANO *(Da ação Pau Marta,* 104) sustentaram que somente pela diligência do credor, isto é, pela ação que lhe dá o art. 847, é que os credores podem pedir a *revogação ('1)* da hipoteca em fraude de seus direitos. Com isso, faziam tábua rasa das expressões "são nulas", da circunstância de que as hipotecas anteriores aos quarenta dias são anuláveis, o que tornaria supérfluo o art. 823, e do fato de não ter o Código Civil a ação revogatária, mas sim a anulatória, onde o autor tem por si presunção de fraude, quanto a quaisquer garantias dadas a dividas anteriores (art. 111). O

intérprete tem de ler, antes de tudo, o texto que interpreta: lá se prevê data de decretação de falência, ou de abertura do concurso; supõe-se hipoteca feita nos quarenta dias anteriores a essa data; e deu-se sanção, que é a de ineficácia relativa ("em beneficio da massa"), uma vez que é inadmissível o conceito de nulidade subjetivamente relativa. Pode-se ler "são ineficazes" onde se escreveu "são nulas", se no mesmo texto ou no sistema da lei é subjetivamente relativa a sanção, mas

seria assaz difícil entender-se “são anuláveis” onde se diz “são nulas”. Tais hipotecas poderiam ser, por exemplo, anuladas por ação de anulação por fraude contra credores; mas são, também, relativamente ineficazes, se sobrevém falência e caem elas no prazo, que o art. 52, III, do Decreto-lei n.

7.661, de 21 de junho de 1945, marcou. O Código Civil, no art. 823, foi preciso em dar a sanção civil, fora do instituto da fraude contra credores e fora do direito falencial. As outras hipotecas e essas mesmas estão expostas à ação de anulação por fraude contra credores (arts. 106 e 107), porque a sanção do art. 823 é só de ineficácia relativa, a hipoteca fica, porque não houve decretação de nulidade, nem anulação. As outras hipotecas estão expostas à ação falencial de revogação; essas, não, porque seria *bis in idem:* a ineficácia relativa que decorre da incidência do ad. 52, III, do Decreto-lei n. 7.661, é sanção *ipso jure* e os credores teriam a ação declaratória e a defesa em embargos de terceiro na ação executiva do ad. 298, V, do Código de Processo Civil, ou em ação de execução de sentença (3.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1930, *R.dos T.,* 76, 331) : seria sem alcance propor-se a ação revocatória, de eficácia subjetivamente relativa, para se alterar ato jurídico que já é ineficaz, relativamente à massa.

Dizia o ad. 823 do Código Civil: “São nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas, em garantia de débitos anteriores, nos quarenta dias precedentes à declaração da quebra ou à instauração do concurso de preferência”. A Lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, ad. 55, inciso 3~0, restabelecera o ad. 16, 2.0, o), da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908 (antes, Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, art. 29, e), e Lei n. 859, de 16 de agasto de 1902, ad. 35, o); cp. Código Comercial, art. 827, inciso 2, que influíra no Código Civil, art. 323.

Já estava explicado o art. 823 do Código Civil quando se fez o Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, ark-52: “N~ produzem efeitos em relação à massa” note-se a superioridade da terminologia “tenha ou nãb ~b contraente conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: III, a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de divida contraída antes desse termo; se os bens em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada”.

Se a dívida também foi contraída dentro do termo legal da falência, o

art. 52, III, do Decreto-lei n. 7.661 não incide. Pode ser invocado o art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, se "houve intenção de prejudicar credores 3.CELEBRação, E NÃO REGISTRO. Posto que o art. 848 diga que as hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição e se repita, na alínea 2.8, que, antes de inscritas, só subsistem entre os contraentes, o que faz do registro elemento para se saber se a hipoteca é anterior ao crédito de quem pede a anulação (arte. 106 e 107) ou a revogação (Decreto-lei n. 7.661, arts. 58, 57 e 99), basta a celebração para que se estabeleça a anterioridade dela, isto é, para a não-

-incidência do art. 52. Tal hipoteca, se em fraude contra credores, pode ser anulada, ou revogada, mas é eficaz relativamente à massa do concurso (3.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947, *1?*.

dos T., 171, 681, que também se refere à eficácia da hipoteca nascida com o crédito garantido no período da falência, tal como a 5.~ Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de julho de 1938).

O Decreto-lei n. 7.661, art. 52, VII, considera relativamente ineficazes as *inscrições* de direitos reais, realizadas após a decretação do seqüestro, ou após a decretação da falência, salvo prenotação anterior; por conseguinte, se o concurso é *falêncial,* não importa distinguir-se quando foi celebrada a hipoteca: se antes do período alcançado pela falência, ou se durante ele, a inscrição é relativamente ineficaz se após o seqüestro falencial ou a decretação da falência. Quanto às hipotecas celebradas durante o período alcançado pela falência, mas relativas a créditos anteriores, escaparia ao art. 52, III, do Decreto-lei n. 7.661, se a inscrição foi anterior ao seqüestro, ou à decretação da falência, porém não ao art. 823, se a celebração foi nos quarenta dias.

Por exemplo: se o termo legal foi de sessenta dias, que é o máximo (Decreto-lei n. 7.661, art. 14, III), e a inscrição no quadragésimo primeiro dia anterior, a hipoteca é eficaz, quer perante o art. 52, III, do Decreto-lei n.

7.661, quer perante o art. 823 do Código Civil. Se, porém, foi no quadragésimo dia ou noutro dia mais próximo da abertura da falência, a hipoteca é eficaz perante o ad. 52, III, mas incide o art. 828. Temos, portanto: a) Se a hipoteca foi constituída antes do período legal da falência e inscrita dentro dele, é ineficaz, relativamente (Decreto-lei n. 7.661, art. 52, III).

b) Se a hipoteca foi constituída (“celebrada”) nos quarenta dias anteriores à falência, ou à instauração do concurso v

de preferência, sendo anteriores os créditos, é relativamente ineficaz (Código Civil, art. 823).

1

c) Se a hipoteca foi inscrita *após* a declaração da falência ou *após* a decretação do seqüestro, é relativamente 2

ineficaz.

9

Do que acima se expôs quanto à hipoteca em relação à massa concursal não se tire que exista hipoteca antes de ser inscrita. O que se chama hipoteca celebrada, ou hipoteca constituída, não é mais do que o *efeito* do acordo de constituição de hipoteca. Conforme temos frisado, o acordo de constituIção de hipoteca *vincula,* como vincula o acordo de transmissão do domínio ou de outros direitos reais e como vincula qualquer acordo de constituição de direito real limitado. Há elipse em se falar de hipoteca antes de se haver inscrito o acordo de constituição da hipoteca: ai, hipoteca é o *efeito* do acordo. Ao passo que o direito real de hipoteca somente nasce com a inscrição.

esse emprego do mesmo nome para o efeito antes da inscrição, quando apenas se acordou na constituição *(=*

celebração) da hipoteca, para o efeito real, após a inscrição, não é sem inconvenientes. Mas tudo se reduz à exigência de maior atenção por parte dos juristas, juizes e intérpretes, para que, ao falarem de hipoteca (direito real), não a confundam com o que se acordou, pelo acordo de em substituição, *criar* e não se criou, porque o registro é c *onstitutivo:* o direito real de hipoteca.

Se a hipoteca foi constituída antes do período legal da falência e inscrita dentro dele (Decreto n. 7.661, art. 52, III), ou se foi constituída nos quarenta dias anteriores à falência, ou à Instauração do concurso de preferência (Código Civil, art. 823) mas naquele período, ou nesse foram adquiridos, por terceiro, crédito e hipoteca, a fé pública protege o adquirente da hipoteca, de modo que essa é *eficaz.* Todavia, pode ocorrer a ação de fraude contra credores, com fundamento no ad. 53 do Decreto-lei n. 7.661.

O adquirente da hipoteca por sucessão a causa de morte não pode

invocar a fé pública do registro, salvo se o podia o decujo (cf. EMIL KoFFKÂ, Em Beitrag zur Lehre von der dinglichen Bindung der Beteiligten an ihre Einigung, *Fe8tgabe fitr* RICRÂRD WILKE, 172; H. RAEDER, *Das materielie Grundlncchrecht,* 92 a.; J.

KRECII, *Die Reckte an Gr-undatiicken,* 43).CÃriniW ri

DIVISÃO, TRANSMISSÃO E DA HIPOTECA GRAVAME

§ 2.466. Divisibilidade da hipoteca

1.DO ERRO ANTERIOR. Na Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1364, art. 10, o principio da indivisibilidade foi posto, explicitamente: "A hipoteca é indivisível, grava o imóvel ou imóveis respectivos, integralmente, e em cada uma de suas partes, qualquer que seja a pessoa em cujo poder se acharem" Cd. Decreto n. 8.453, 26 de abril de 1865, ad. 239>. LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 47) frisava que a indivisibilidade da hipoteca não derivava da sua natureza, e sim da lei. A *raio legis* era a dificuldade prática de se fazerem as reduções correspondentes às reduções das dividas, a *utilitar communis.* (O art. 762, *5* 2.0, acolheu o expediente das reduções, nos casos de perecimento, deterioração e desapropriação, o que enfraquece a razão da lei. A técnica de hoje adota, nas espécies de divisão de créditos, o expediente da divisão da hipoteca, com o mesmo grau para as hipotecas substituintes, salve declaração registrada em contrário.)

2.DIVISIBILIDADE DO BEM GRAVADO. Quando se fala de Indivisibilidade ou de divisibilidade da hipoteca, certamente nÃo se há de pensar em indivisibilidade ou divisibilidade do bem gravado. O imóvel pode ser indivisível e, havendo condomínio, ou co-enfiteuse, ser constituída por um dos condôminos, ou um dos co-enfiteutas, a hipoteca, como sucederem ao dono ou ao enfiteuta duas ou mais pessoas; e, sendo muitos os bens, ser uma só a hipoteca.

§ 2.468. DIVISIBILIDADE DA HIPOTECA

No art. 757 diz o Código Civil: "A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade,

sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver, se for divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia". No art. 623,

~ 2.~ parte, atribui-se ao condômino gravar a parte ideal. A divisibilidade, a que se refere o art. 757, é só a *jurídica* (Tomo XII, *§* 1.282, 7 e 14).

O fato de não se poder penhorar só parte do bem imóvel, pertencente a um só dono, nada tem com o principio da indivisibilidade da hipoteca. A unidade do bem impõe-se, por si só.

O argumento de, advindo condomínio, ou co-enfiteuse, ter-se de dirigir a execução forçada contra todo o bem, também não versa a favor da indivisibilidade, porque ai se supõe que não se tenha *dividido* a hipoteca, por meio de registro do que se passou. Não se diz que tal registro não se possa admitir. Tanto procede a objeção a respeito de comunhão *pro diviso* quanto de comunhão *pro indiviso.*

Para se responder, precisamente, a questões que levam à solução final do problema da indivisibilidade ou divisibilidade da hipoteca é de mister que as próprias questões sejam precisas.

Assim, à pergunta " A divisão do bem imóvel acarreta, por si só, a divisão da hipoteca?" tem-se de responder:

"Não. A divisão do bem imóvel *(=* dois ou mais, em vez de um) não determina, por si, a divisão da hipoteca".

À pergunta " A alienação da parte do bem imóvel leva, de si só, à divisão da hipoteca?" é de seguir-se a mesma negativa: "Não. Quer se trate de alienação de parte divisa quer de parte indivisa, a hipoteca continua de incidir sobre todo o bem, a despeito da comunhão *pro divisa* ou *pro indiviso".* Se atendemos à resposta à questão anterior, a essa é a *fortiori,* porque, aqui, não se supõe ter sucedido à unidade pluralidade de bens imóveis.

À pergunta "Se mobilizam partes integrantes do bem imóvel, ~ divide-se a hipoteca?" tem-se de assertar: "Não.

Ainda que as partes integrantes se façam bem à parte, a divisão da hipoteca não se produz".

"Se ocorre desapropriação de parte do bem imóvel e não há óbice

legal à solução da divida em proporção, >~

pode solver-se parcialmente a divida?" O art. 762, *§* 2S>, cogita da hipoteca sobre dois ou mais objetos e da desapropriação de um ou de alguns deles, casos em que a hipoteca subsiste, *diminuída.* Não se referiu à desapropriação parcial, nem se pode ver desapropriação parcial na espécie prevista no art 762, V. A solução normal seria a continuação da hipoteca se desapropriado fosse o domínio, e não a hipoteca; porém tal espécie é rara. O desapropriante passaria, então, a ser condômino e pode remir a hipoteca, como sucessor do devedor, e não como dono do prédio gravado, pagando o todo; mas ai já se supõe que a hipoteca haja continuado inteira, o que nos afastaria do assunto em exame.

A questão, que se põe, com toda a precisão, é a seguinte:

Se é certo que a desapropriação não desapropria parte divisa ou indivisa, mas sim o bem dividido (antes da perda da propriedade pelo proprietário do prédio desapropriando *já o prédio* se dividiu, explícita ou implicitamente, mas, em todo caso, dependente de transcrição, cf. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, b), V, por haver sentença em ação transfusa), apode o credor exigir o pagamento da parte do preço que corresponda a parte do crédito? A resposta afirmativa não bastaria a afirmar-se que a hipoteca é divisível, mas permitiria claridade prévia. A divisão houve; a desapropriação já é de um dos bens que a certo momento, por ínfimo que tenha sido, substituirá o bem gravado. A divisão não dividiu a hipoteca; mas deu ensejo a que se possa invocar o art. 762, *§* 2.~, 2.~ parte, relativo à redução do crédito, por ter sido desapropriado um dos objetos. A objeção concernente à dificuldade dessa redução, se não foi prevista, é sem alcance, porque a lei mesma admitiu a redução se desde o começo a hipoteca recaia em pluralidade de bens. Quem desapropria parte de bem gravado, sem que se dê comunhão, necessariamente *dividiu* o bem gravado. Uma vez que a sentença do juiz fez existir, com o processo da desapropriação, pluralidade, em lugar de unidade de bem, *dividiu.* A espécie tornou-se submetida ao art. 762, *§* 2Y, 2.8 parte, e não mais ao art. 762, *§* 2.">, 1. 8 parte.

Em conseqüência: a) a respeito de alienação parcial, depois ou simultânea à divisão, a hipoteca não se divide, continua sobre todas as porções que eram partes e se fizeram bens independentes; b) se houve perecimento parcial ou deterioração parcial, ou desapropriação só do domínio de parte do imóvel, continua a hipoteca sobre o todo; *e)* se o perecimento foi parcial, ou parcial a deterioração, com indenização, ou parcial a desapropriação da propriedade livre, há sub-rogação, de

modo que a hipoteca recai sobre a parte restante e a indenização, *ou* recebe o titular do direito de hipoteca o que lhe toca, *reduzindo-se* o valor da hipoteca subsistente. Se a quantia vai ser invertida em reparação ou reconstrução, não há vencimento da hipoteca, nem redução; se não vai ser invertida, o titular do direito de hipoteca pode exigir *reforço* da garantia real, uma de cujas soluções é a do depósito da quantia sub-rogante.

Chega-se, desse modo, ao *pnnctum delens:* "~ Pode-se dividir a hipoteca por se ter dividido o bem gravado?" A divisão é possível, por nOvo *acordo* que substitua a hipoteca una por duas ou mais hipotecas; não resulta necessariamente da divisão do bem. Diante da divisão que o proprietário fez, de jeito a de ter tido sucessores, ou sucessor, ~ pode o titular do direito de hipoteca, sem assentimento dos condôminos, *dividir* a hipoteca? Em principio, não.

3. DIVISIBILIDADE DO CRÉDITO GARANTIDO. Consideremos agora a *divido* do crédito. É interessante observar-se que os juristas, ao discutirem a divisibilidade ou indivisibilidade da hipoteca, se esquecem a cada momento da *abatrado* que há no acordo de constituição e, pois, na própria hipoteca. Há três conceitos: *a.* > divisibilidade do crédito, b) divisibilidade do bem gravado e e) divisibilidade do direito de hipoteca. Discutindo-se *a),* subentendem discutir-se e); ou, discutindo-se b), estar-se a discutir *e).* Tem-se de saber, exatamente, se a *divido* do crédito implica a da hipoteca, e quando a implica.

Para que se dê a divisão do crédito, primeiro requisito é o de ser divisível. Mas divisibilidade do crédito não produz, sem mais, divisibilidade da hipoteca. No art. 766, diz-se que os sucessores do devedor não podem remir, parcialmente, o penhor, ou a hipoteca, na proporção dos seus quinhões, posto que qualquer deles o possa fazer, no todo, dando-se a sub-rogação pessoal (art. 766, parágrafo único). Os sucessores do credor são sucessores do crédito e comuneiros, por sucessão, na hipoteca: a hipoteca não passa por divisão.

Quanto à divisão do crédito divisível, se há mais de um devedor ou mais de um credor, não é preciso que o proprietário do imóvel (ou o enfiteuta) assinta na divisão da hipoteca: há tantas obrigações iguais e distintas quanto os credores ou devedores. Se o crédito garantido era um só, embora divisível, o proprietário do imóvel (ou o enfiteuta) há de assentir na divisão do crédito, salvo se resulta de desapropriação parcial somente do crédito, ou de adjudicação, ou em virtude de lei.

Se a cessão do crédito foi parcial, vale e é eficaz, podem os titulares do direito de hipoteca dividi-la, sem ser preciso assentimento do dono ou enfiteuta do bem gravado.

No caso de partilha do crédito, sem divisão, a divisão da hipoteca <que passara a ser em comunhão *pro indiviso)* depende de divisão posterior do crédito, ou de assentimento do proprietário ou enfiteuta do bem gravado.

Se o crédito foi dividido, a *divido* da hipoteca fica à vontade do titular do direito de hipoteca, que para isso não precisa do assentimento do proprietário do imóvel gravado. O titular do direito de hipoteca pode, então, ou deixar considerarem-se do mesmo grau todas as hipotecas em que a hipoteca se dividiu, ou estabelecer graus para elas, dentro daquele em que se achava a hipoteca una *(=* sem ofensa ao grau das hipotecas anteriores), O art. 766 do Código Civil não obsta a isso, porque só se refere à parcialização da divida, e não à do crédito (pluralidade de devedores, em vez de devedor único, e não pluralidade de credores, em vez de credor único). Ainda que se não dê, desde logo, a pluralidade de credores, a divisão do crédito (divisão ativa) permite desde logo a divisão da hipoteca.

A divisão do crédito não depende da pluralidade de credores. Qualquer pessoa pode ter dois ou mais créditos; portanto, dividido o crédito, pode ser titular de todos ou de alguns daqueles em que o crédito se dividiu.

A cessão, empenhamento, ou penhora só do direito aos interesses da hipoteca, ou do crédito principal sem o direito aos interesses, implica divisão da hipoteca.

Se desde o ato de constituição da hipoteca, havendo partes indivisas no crédito, às partes correspondem interesses diferentes, ou diferentes datas de vencimento, têm-se tantas bipotecas quantas as partes (J. BIERMANN,

.*Sachenrecht,* 516; G. GUTRE, *Die Grundbuchordnttng,* ~~, S.~ ed., 1090).

Se muitos imóveis foram gravados para garantia do mesmo crédito *(Gesamthypothek),* o titular do direito de hipoteca pode proceder à divisão da hipoteca, transcrevendo a declaração unilateral de vontade ou o acordo com o cessionário de alguma parte do crédito. Não precisa do assentimento dos donos dos bens, porque sobre qualquer desses bens pesava toda a hipoteca (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 483;

C. PREDARI, *Die Grundbuchordnung,* 2.8 ed., 459; FRICK, Ist die Zustimmung des Eigenttlmers erforderlich?, *Das Recht,* VI, 175; sem razão, H.DERNBURG, *Das BiLrgerliche Recht,* III, 766, nota 12;

K. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 450). A divisão da hipoteca celetiva pode resultar de processo judicial, ainda que outra divisão já tenha ocorrido <J. BIERMANN, *Saehenrecht,* 488).

4.“NEMO SUBROGAT CONTRA SE”. Se o titular do direito de hipoteca divide a hipoteca sem dar graus diferentes às hipotecas substituintes, o grau de todas é o que a hipoteca, que se dividiu, tinha. Se, porém, se

retira, *por lei,* à hipoteca alguma parte, que se haja de considerar outra hipoteca, a hipoteca que ficou prefere à que se criou com parte da anterior; porque *Nemo subrogat contra se* (MARTIN WOLF¶F, *Lehrbuch,* III, 492, nota 1). Assim, se o segundo credor rime a hipoteca anterior, parcialmente, fica sub-rogado (art. 814, *§* 2.0) nos direitos do credor, parcialmente, mas a parte da hipoteca, que ficou ao credor, prefere. Dá-se o mesmo na espécie do art. 766, parágrafo único, se parcial a sub-rogação pessoal. Idem, quando se transfere parcialmente ao devedor pessoal em garantia de pretensão de ressarcimento contra o proprietário. Se houve transmissões parciais ao devedor pessoal e ao proprietário, a hipoteca daquele prefere à deste.

Se o proprietário do bem gravado paga, parcialmente, ou não, e a aquIsição foi desconstituída, nenhuma subrogação pessoal ocorre.

O devedor que alega sub-rogação pessoal tem de prová-la (O. PLANCK, *Kommentar,* III, 982; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 552; diferente, O. BuINCK, *Diz Bezahlung der Hypothekenforderung,* 135 e 213)

.

§ 2.467. Transmissão do direito de hipoteca

1.TITAMES ENTRE VIVOS E A CAUSA DE MORTE. Quando se dá sucessão a causa de morte ou entre vivos, ou *a)* só se transmite o crédito e se renuncia à hipoteca, ou b) se transmitem o crédito e o direito real de hipoteca, ou o) ou se transfere a hipoteca, extinguindo-se, porém, o crédito pela confusão, sem se ter cancelado a hipoteca

<hipoteca de proprietário). Semelhante a e) é o que acontece se a hipoteca foi para garantia de crédito que não nasceu.

E preciso ter-se sempre em vista que as hipotecas só se extinguem, em principio, pelo cancelamento. A própria renúncia, antes do registro, não a extingue.

Se a hipoteca foi em garantia de títulos ao portador, ou à ordem, a sua titularidade *circula* como os títulos ao portador, ou à ordem, que ela garante. Não se precisa de transcrição, nem de notificação ao proprietário do imóvel, nem do devedor do crédito garantido.

2. ESPÉCIES DE TRANSMISSXO. A hipoteca pode ser transmitida:

a)Pela *cessão do (direito de) crédito* e *da hipoteca.* A forma exigida é da transmissão dos direitos reais, porque a transmissão com a forma que bastasse à cessão do (direito de) crédito, e não à da hipoteca, teria a eficácia transitiva quanto ao crédito, e não quanto à hipoteca. O *acordo de transmissão* que é essencial à cessão da hipoteca pertence ao direito das coisas e por Me se rege. Mas pode-se ceder o crédito; e, depois, por escritura pública, a hipoteca.

b)Pela *deixa testamentária,* em sucessão singular.

c)Pela *transmissão do (direito de) crédito* e *da. hipoteca,* em virtude de *lei* (herança legítima; se o proprietário do prédio satisfaz o crédito, ou o satisfaz quem correria perigo de perder em execução forçada direito real limitado sobre o imóvel, casos em que a transmissão se opera antes do registro).

d)Pela *arrematação* ou *adjudicação em juízo,* desde a *carta de arrematação* ou *de adjudicação.*

A 2.~ Câmara da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 1.0 de julho de 1927 *(A. J.,* III, 154), decidiu que a cessão de crédito, garantido por hipoteca, participa da natureza da hipoteca, de modo que se há de inscrever o instrumento de "cessão e transferência", porque isso resulta dos arte. 831 e 833 do Código Civil. E acrescentou:

"A sua inscrição no aludido registro supre a exigência do art. 1.069 do Código Civil, isto é, a notificação do devedor necessária para a validade (1) da cessão e da transferência dos demais títulos creditórios". A confusão entre cessão ou transferência do crédito e transferência de hipoteca estruge. O crédito cede-se segundo as suas regras jurídicas; a hipoteca, transfere-se segundo as suas. Cedido ou transferido o crédito, a hipoteca só ao adquirente do crédito pode ser transferida; porém não é necessário que tal transf erência se dê. Quanto à dispensa da notificação do ad. 1.069 do Código Civil, que

concerne à *eficácia,* e não à validade, se o devedor que não foi notificado, nem teve parte na transferência da hipoteca (o bem pode ser ou já ser de terceiro), está incólume à eficácia da cessão; *e.* g., fica desobrigado se paga ao cedente, ou ao cessionário que primeiro se apresenta com o titulo da cessão (art. 1.071).

3.CLÁUSULA DE INTRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE HIPOTECA. Se no acordo de constituição de hipoteca, ou em negócio jurídico unilateral de constituição, pode ser inserta cláusula de intransferibilidade, ou se vale e é eficaz o pacto adjecto, que o faça intransferível, é questão que se resolve sendo posta no plano do fato jurídico de que resultou o crédito que se garante. Se, a respeito desse crédito, a natureza dele, a lei, ou convenção com o devedor não se opõe à transferência, enuncia-se no art. 1.065 do Código Civil que é cessível. Portanto, não há cedibilidade se a lei proíbe ceder-se, ou se a vedação deriva da própria natureza do crédito. Se é incedível o crédito, intransferível é o direito de hipoteca. Se é cedível o crédito, mas ocorreu cláusula de pacto de incedibilidade, intransferível é o direito de hipoteca. Assim, perde toda a importância a discussão em tOrno de valer e ser eficaz, ou de não valer ou de ser ineficaz, a cláusula ou pacto de intransferibilidade do direito de hipoteca. Se não foi considerado incessível o crédito, a cláusula ou pacto de intransferibilidade da hipoteca provocaria duas situações típicas: cedido o crédito, perderia o titular o direito de hipoteca, por se entender que criara impossibilidade

insuperável (credor C, devedor B, titular do direito de hipoteca A, cedente do crédito); a transferência da hipoteca, com a cessão do crédito, infringiria o acordo de constituição ou o negócio jurídico unilateral que se inscreveu. Quem cede o crédito e não pode transferir o direito de hipoteca, por ter sido inserta cláusula de intransferibilidade, ou por ter advindo pacto adjecto de ser intransferível o direito de hipoteca, devidamente registrado, perde esse, sem que o adquira o cessionário do crédito. Não se deve pensar em *renúncia,* como causa da extinção (sem razão, PANUCCIO, *La Cessione volontaria. dei crediti,* 34 s.), e sim em *condição resilitiva* (se cede o crédito, perde a hipoteca>.

Nada obsta a que se insira a cláusula de intransferibilidade do direito de hipoteca, ou que se pactue, adjectamente, ser intransferível, ainda para as espécies de transferências forçadas ou *ope legis* dos créditos garantidos. Ao adquirir o crédito, o adquirente não adquire a hipoteca. É artificialidade, que se há repelir, ver-se, ai, renúncia (sem razão, DoMENICo RUBINO, *L'Ipoteca. immobiliare e mobiliare,* 36). Se o

direito de hipoteca fosse,“ *in casu,* transferivel, sim, poder-se-ia dar ter *faltado* o ato de transmissão da hipoteca, ou ter o adquirente do crédito *rerwrtciado* a Me.

§ 2.468. Gravame da hipoteca

1. USUFRUTO E PENHOR. O direito de hipoteca pode ser objeto de usufruto ou de penhor. Quanto ao usufruto, regem os princípios que se expuseram sobre a transmissão.

No Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, diz o ad. 1.0:

“Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para Esse efeito, considerar-se-ão coisa móvel”. Entenda-se: o crédito e o direito real de hipoteca, que o garante, podem ser objeto de penhor, e *sOmente* para esse efeito se hão de considerar bens móveis os direitos de hipoteca (cp. Código Civil, art. 44, 1).

Gravados ficam o crédito garantido pela hipoteca e a hipoteca.

Se o crédito e a hipoteca não podem ser transferidos, não podem ser gravados, quer de usufruto. quer de penhor.

Os créditos e hipotecas transferiveis podem ser penhorados.

No Código Civil, art. 44, 1, diz-se que os direitos reais sobre Imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram, são bens imóveis. Pergunta-se: ‚j a exceção à regra de serem bens imóveis os direitos reais sobre imóveis, que se introduzem no final do art.0 do Decreto n. 24.778, tem como conseqüência considerar-se bem móvel a hipoteca se vai penhorar (Código de Processo Civil, art. 930, III), ou a hipoteca é bem imóvel, segundo o art. 930, IV, do Código de Processo Civil? A resposta é no sentido de se ler o art. 1.~, *in tine,* do Decreto n.

24.778, como *sÔ’mente* concernente à constituição do penhor de crédito. No art. 2.0, o Decreto n. 24.778

acrescenta: “O credor pignoratício poderá levar à praça os créditos dados em garantia, ou executá-los diretamente, para seu pagamento”. Assim, o titular do direito de penhor de crédito garantido por hipoteca tem a ação pignoratícia e a ação hipotecária, ambas *reais* e essa *imobiliária.*.

2. NATUREZA DO DIREITO GARANTIDO. Se a garantia hipotecária é a títulos ao portador ou à ordem, somente se pode gravar com o penhor dos títulos (tradição, endosso-penhor e tradição), e a inscrição tem apenas função de maior cautela.

CAPITULO V

HIPOTECAS LEGAIS

§ 2.469. Conceito e espécies

1. CONCEITO DE HIPOTECA LEGAL. O direito real de hipoteca ou deriva a) de acordo de constituição de hipoteca (negócio jurídico abstrato), ou *b)* de disposição de última vontade, ou e) de incidência de regra jurídica que a liga a algum fato, como expediente protectivo de algum credor. É de repelir-se toda construção que ai veja presunção de vontade dos interessados ou hipoteca tácita. É *ex lege* que surgem as hipotecas *c)*. Posto que a *raio legis* seja semelhante à que se discerne nos privilégios, o meio ou expediente técnico, de que se lança mão, é outro. O fato determinante apenas dá o titulo para a inscrição, e não a própria hipoteca, direito real limitado.

Assim, antes da inscrição, a hipoteca legal está no mesmo plano que o ato de constituição. Não há direito real de hipoteca antes da inscrição. Não se poderia dizer que a hipoteca legal é modo de aquisição de hipoteca. A inscrição da hipoteca legal é que o é.

2. ESPÉCIES. Só a lei pode criar hipoteca legal, *por definição* mesmo. O Código Civil, no art. 827, enumera, não taxativamente (entenda-se), casos de hipoteca legal: “A lei confere hipoteca: 1. À mulher casada, sobre os imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital. II.

Aos descendentes, sobre os imóveis do ascendente, que lhes administra os bens. -III. Aos filhos, sobre os imóveis do pai, ou da mãe, que passar a outras núpcias, antes de fazer inventário do casal anterior (art. 183, n. III). IV. Às pessoas que não tenham a administração de seus bens, sobre os imóveis de seus tutôres ou curadores. V. À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre

os imóveis dos tesoureiros, celetores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros e contratadores de rendas e fiadores.

VI. Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (art. 842, n. 1). VII. À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis do delinqüente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas (ad. 842, n. II). VIII.

Ao co-herdeiro para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente".

a) A hipoteca em garantia do dote (hipoteca dotal) tem de ser promovida, por ser obrigatória a inscrição. A mulher não pode renunciar a ela. Com ela, garantem-se todos os créditos, presentes e futuros, contra o marido, oriundos do dote. Se o marido não tem bens imóveis sobre que recaia a hipoteca legal, pode-se, no contrato nupcial, estipular fiança, ou outra caução <art. 297>. A mesma solução cabe se, antes da inscrição e especialização, o marido alienou os bens que ele tinha. A hipoteca dotal garante a entrega dos frutos do dote após a dissolução do casamento, ou da sociedade conjugal, ainda se devidos aos herdeiros da mulher.

b) A hipoteca legal pela administração dos bens não

-dotais da mulher é semelhante, porém não idêntica, à hipoteca legal pelo fato do dote. A lei estabeleceu-a para que não precisasse a mulher de exigi-la ao marido, qualquer que seja a razão por que, como marido, esse administre bens da mulher. Não há hipoteca legal se o bem é comum.

Objeto da garantia, por hipoteca legal do art 827, 1, do Código Civil, são quaisquer bens hipotecáveis de que seja dono ou enfiteuta o marido, ao tempo do casamento ou adquiridos «epois, inclusive os adquiridos por usucapião.

Se se aliena algum bem dotal ou particular da mulher administrado pelo marido, garante a hipoteca o preço e a sua aplicação de acordo com os princípios.

Para se alienar algum bem do marido que garanto o dote ou a boa administração do marido, precisa-se de autorização judicial, porque se trata de sub-rogação real. O próprio preço é gravado de hipoteca, em virtude da sub-rogação real, *e* a hipoteca incidirá no bem que for adquirido.

c)A hipoteca dos imóveis do ascendente que administra os bens do descendente, seja pai seja mãe, é hipoteca legal, que também só se faz direito real limitado com a inscrição e a especificação. Se sobrevém hipoteca voluntária, tudo se passa como a respeito da hipoteca dotal e da hipoteca pela administração marital dos bens particulares da mulher.

d) Se o pai, ou a mãe passa a novas núpcias antes de fazer inventário do casal anterior, os filhos têm hipoteca legal (título) sobre os bens do casal anterior e sobre os bens particulares do genitor que contrai novas núpcias. A inscrição e especialização há de ser promovida pelo filho, pelo genitor ou pelo Ministério Público, que tem dever de promover.

e)A hipoteca legal sobre os bens dos tutOres ou curadores rege-se pelos arts. 418, 827, IV, 840, 1, 841 e parágrafo único, 843, 845 e 846 do Código Civil. A hipoteca voluntária posterior trata-se como se disse em a >.

f)Tem a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal hipoteca legal (titulo) sobre os bens imóveis dos tesoureiros, celetores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros e contadores de rendas e fiadores (Código Civil, art. 827, V).

g)Tratemos agora da hipoteca em caso de ato ilícito. No Decreto-lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941, arts. 1.0 e 2.0, a figura jurídica não é a da hipoteca legal, mas a do seqüestro, medida cautelar, decretável pelo juiz, sem audiência da parte, a requerimento do Ministério Público, fundado em representação da autoridade incumbida de processo administrativo, ou do inquérito policial. Tal seqüestro é embargável por terceiro senhor e possuidor, ou só senhor ou só possuidor (Decreto-lei n. 8.240, art. 2.~, *§* 2.0). Para a decretação é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo por escrito, ou por declarações Orais deduzidas a termo, com a indicação dos bens que hajam de ser objeto da medida (Decreto-lei n. 8.240, ad.

3.0). O seqüestro pode recair sobre todos os bens do indiciado e compreender os bens em poder de terceiros, desde que esses os tenham adquirido, diz o ad. 4~O do Decreto-lei n. 3.240, dolosamente, ou com culpa grave. A alegação de não ter havido dolo ou culpa grave pode ser feita em embargos de terceiro.

No art. 4,0, alínea 2.~, o Decreto-lei n. 8.240 estabelece:

"Os bens doados após a prática do crime serão sempre compreendidos no seqüestro". É de discutir-se se, com isso, a lei *a)* estende o seqüestro aos bens doados após a prática do crime, ainda se não especificados, ou se *b)* apenas pré-exclui qualquer alegação de imunidade ao seqüestro por parte de terceiros que receberam os bens a titulo gratuito, ou se o> somente se recomendou a especificação desses. A solução verdadeira é a solução *b).* Se foi omitida a especificação desses bens, é caso para ser estendido a eles, mediante nova inscrição, o seqüestro. No art. 4□O, *§* 2.0, o Decreto-lei n. 3.240 explicitou: "Tratando-se de imóveis: 1> o juiz determinará, *ex* c/i *icio,* a averbação do seqüestro no registro de imóveis; 2> o Ministério Público promoverá a hipoteca legal em favor da Fazenda Pública".

A hipoteca legal, como o seqüestro, somente cabe nos crimes de que trata o Código de Processo Penal, arta. 125 e 314. Regem os arts. 125-144.

A hipoteca dita *penal* é considerada espécie de hipoteca legal. A particularidade apenas estaria na fonte do crédito, que é o crime. Em verdade, a hipoteca penal que se não confunde com a hipoteca legal segundo o art 82"?, V, do Código Civil, mas compreende, certamente, a dos arts. 827, VI e VII depende de decisão do juiz, e não só de inscrição, mas legal ela o é até certo ponto.

Assim, as hipotecas do art. 827, VI e VII, são hipotecas legais, porque foi a lei que deu a pretensão ao gravame, e não o negócio jurídico.

h) Para a garantia do quinhão hereditário tem o herdeiro, sobre o imóvel, adjudicado ao herdeiro reponente, pretensão à inscrição da hipoteca (Código Civil, art. 827, VIII). Aqui, como a respeito do art. 503 do Código de Processo Civil (alienação de bem em condomínio entre cônjuges), há hipoteca legal, que só se exclui se o herdeiro repõe em dinheiro, ou em dação em soluto, o que excede do seu quinhão. Não se confundem as duas espécies com a do art. 967, *§§* 1.0 e 2.0, do Código de Processo Civil. Diz o art. 503 do Código de Processo Civil:

"Os bens não suscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente, ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos na forma dos arts. 704 a 706, partilhando-se o preço, salvo quando os interessados preferirem arrendá-los, administrá-los, ou possuí-los em comum, ou se qualquer herdeiro, ou o cônjuge sobrevivente, requerer a respectiva adjudicação, repondo, em dinheiro, a diferença" (cp. Código Civil, art. 1.777). A respeito dos condôminos, que não são herdeiros, regem o art. 632 do Código Civil e o art. 405 do Código de Processo Civil. A hipoteca somente pode,

então, derivar de acordo de constituição, ou de decisão do juiz (hipoteca judicial), por se tratar de ação executiva.

3.ARREMATação E HIPOTECA. No Código de Processo Civil, art. 967, *§* 1.0, diz-se, a respeito da arrematação, que há de ser feita à vista, ou mediante caução idônea: "Quando, porém, se tratar de imóvel, o licitante poderá fazer por escrito o seu lanço, propondo, pelo menos, cinqüenta por cento à vista e assegurando pagamento do restante com hipoteca legal sobre o imóvel". No *§* 2.0: "A proposta indicará o tempo, a forma e as condições de pagamento do preço restante". No *§* 3.0: "Quando houver interesse de incapazes, o juiz, ouvidos os respectivos representantes ou assistentes, deferirá a proposta, se conveniente". No *§* 4,0: "Só por acordo dos interessados poderá realizar-se a venda na forma prevista nos parágrafos anteriores É evidente que no art. 967, *§§* 1.~ e 2.0, o que se tem é a *pretensão dos que tencionam lançar sobre imóvel.* Há, no art. 967, *§* 1.0, mais um caso de hipoteca. O legislador diz que a hipoteca é legal, mas deu nome que se não ajusta ao que nomeia. O que o art. 967, *§* li", cria é a pretensão a adquirir pagando p/2 ou *p/2* mais *x* e ficar devendo p/2, ou *p/2* menos *x.* Mas essa pretensão é processual, somente tem a conseqüência da promessa estatal de cognição da oferta pelo juiz. O juiz é adstrito a deixar que o licitante oferte o que caiba nos moldes do art. 967,

§ 1.0. Se a oferta é de pagamento de menos da metade, pode e deve o juiz repeli-la *in Imune.* Se é de mais de metade, sem garantia hipotecária, não a pode admitir. Se é de mais de metade, com a garantia hipotecária que se prevê no art. 967, § 1.0, tem o juiz o dever de submetê-la aos interessados. O art. 967, *§* 49, foi explícito; e o *§* 49, de si só, destrói a classificação que fez o legislador da hipoteca do *§* 1.0 como hipoteca legal. A lei de modo nenhum a estabelece. A lei apenas permitiu hipotecar-Se dentro do processo, como parte do preço, se os interessados acordaram. É necessário, portanto, o que caracteriza as constituições negociais bilaterais de hipoteca: O acordo de constituição, que ai também é abstrata.

Se as circunstâncias são tais que ao juiz se apresenta a constituição da hipoteca como a melhor solução, pode ele, executando (a ação de venda para extinção da comunhão é constitutiva, mas aí se introduziu a ação incidental executiva, porque já se trata de ação de divisão do preço), constitui-la. A hipoteca é, então, hipoteca judicial.

Na ação de venda da coisa comum, a força da sentença é constitutiva: a execução é após toda a operação (portanto, * * o que faz introduzir-

se simples pedido de levantamento do dinheiro, conforme as partes indivisas sobre o imóvel vendido. Se ocorre que algum dos condôminos arremate e peça repor metade, pelo menos, do preço, o juiz pode deferir o pedido, se todos acordarem (acordo de constituição de hipoteca>, ou se as circunstâncias mostrarem que nenhuma solução é melhor. Aqui, a hipoteca é judicial, e possível, devido a se ter introduzido a demanda incidental Executiva.

4. HIPOTECA EM GARANTIA DE ADIMPLEMENTO. A garantia, a que se refere o art. 1.092, alínea 2.~, do Código Civil, não é hipoteca legal, posto que possa consistir em hipoteca voluntária, que o caucionante ofereça.

5. HIPOTECA VOLUNTÁRIA REITERANTE. Quando o devedor, que está sujeito a hipoteca legal inscrita e especializada, faz outra sobre diferente bem ou sobre diferentes bens para o mesmo crédito ou para a mesma garantia, há reiteração do ato de constituição, não confirmação, tanto que, cessando aquela, a hipoteca voluntária fica (sem razão, reduzindo-a a confirmação e fazendo-a hipoteca legal, D. RUEINO, *L'Ipoteca tmmobiliare e r,wbiliare,* 258; cf. GÂROFANO, *Le Operazioni ipotecaris,* 188; GINO GOELA, *Le Garanzie reali dell'obbligaziofle,* 445 s.). Se a hipoteca voluntária recai em bens não especificados na inscrição de hipoteca legal, nenhum problema surge: há duas hipotecas a favor do mesmo crédito ou dos mesmos créditos. A hipoteca voluntária em substituição de hipoteca legal somente substitui se nela tomaram parte todos os que teriam de promover a inscrição da hipoteca legal e somente tem eficácia de sub-rogação, é sub-rogação real de garantia, e não hipoteca voluntária.

§ 2.470. Registro das hipotecas legais

1. HIPOTECA LEGAL E REGISTRO. A hipoteca legal recai sobre os imóveis de determinada pessoa, em garantia de alguma função ou divida. O art. 828 do Código Civil estatui:

"As hipotecas legais de qualquer natureza não valerão em caso algum contra terceiros, não estando inscritas e especializadas". "Não valerão", isto é, não têm efeito. No art. 838, explicitou-se que "compete aos interessados, exibindo o traslado da escritura, requerer a inscrição da hipoteca; incumbindo especialmente promover a da legal às pessoas determinadas nos artigos seguintes".

2. PROMOÇÃO DA ESPECIALIZação E INSCRIÇÃO. a) “Incumbe ao marido, ou ao pai, requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal da mulher casada” (Código Civil, art. 839). Os interessados podem pessoalmente promovê-la, ou solicitar a sua promoção oficial ao Ministério Público (art. 843), que tem *dever de promovê-la.*

“O oficial público”, diz o Código Civil, art. 839, *§* 1.0, “que lavrar a escritura de dote, ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, comunicá-lo-á *ex oficio* ao oficial do registro civil”.

No *§* 2.0, acrescenta-se: “Consideram-se interessados em requerer a inscrição desta hipoteca, no caso de não fazer o marido ou o pai, o doador, a própria mulher e qualquer dos seus parentes sucessíveis”. Outrossim, se a mulher caiu em incapacidade, o curador.

b)“Incumbe requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal dos incapazes: 1. Ao pai, mãe, ou curador, antes de assumir a administração dos respectivos bens, e, em falta deles, ao Ministério Público. II. Ao inventariante ou ao testamenteiro, antes de entregar o legado, ou a herança” (Código Civil, art. 840). No art. 841

está dito: “O escrivão, em se assinando termo de tutela ou curatela, remeterá, de oficio, e com a possível brevidade, uma cópia dele ao oficial do registro de imóveis”. No parágrafo único: “Na inscrição desta hipoteca se considerará interessado qualquer parente sucessível do incapaz”. Os interessados na inscrição podem pessoalmente promovê-la, ou solicitar a sua promoção oficial ao Ministério Público (ad. 843), que tem *dever de promoção.*

As pessoas que se não mencionam no art. 839 não podem promover a inscrição e especialização da hipoteca legal a favor da mulher casada. O ad. 843 permite a promoção pessoal e a provocação da promoção oficial *(=*

promoção pelo Ministério Público). Pergunta-se: o ad. 848, que alude às “referidas hipotecas”, estende-se às hipotecas a favor dos incapazes e às hipotecas a favor da mulher casada, ou só àqueles? Havemos de responder que a ambas as classes de hipotecas.

c) “A inscrição da hipoteca legal do ofendido compete, além deste: 1. Se Me for incapaz, ao seu representante legal, para satisfação do estatuído no art. 827, n. VI. II. Ao Ministério Público, para o disposto no ad. 827, n. VII”

<Código Civil, art. 842). O interessado pode promover pessoalmente

a inscrição, ou solicitá-la ao Ministério Público (ad. 843), que tem *dever de promoção.*

d)"A inscrição da hipoteca dos bens dos responsáveis para com a Fazenda Pública será requerida por eles mesmos e, em sua falta, pelos procuradores e representantes fiscais" (Código Civil, art. 844). Noutros termos: pelos órgàos estatais, ou por seus procuradores judiciais, ou administrativos.

O Código de Processo Civil, art. 697, estabelece: "A especialização das hipotecas legais, para a respectiva inscrição e validade contra terceiros, será requerida pelo responsável que declarará o valor da responsabilidade e indicará o imóvel sobre que se constituirá a hipoteca". Diz o parágrafo único: "A petição será instruída com o documento em que se fundar a estimação da responsabilidade e com a prova do domínio, livre de anus, do imóvel oferecido em garantia". Lê-se no art. 698:

"Autuada a petição, o juiz ordenará o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação do imóvel". Estatui o parágrafo único: "Será dispensado o arbitramento do valor da responsabilidade nas hipotecas legais em favor: 1

da mulher casada,

para garantia do dote, caso em que o valor será o da estimação constante da escritura ante-nupcial; II da Fazenda Pública, nas cauções prestadas pelos responsáveis, caso em que será o daquelas cauções". Estabelece o ad. 699:

"O valor da responsabilidade, para a especialização das hipotecas legais dos menores e pessoas a eles equiparadas, será calculado de acordo com a importância dos bens e dos saldos prováveis dos rendimentos que devem ficar em mão dos tutOres e curadores até findas a gestão ou administração da tutela, ou curatela, não computando naquela importância o valor dos imóveis". Determina o ad. 700: "Arbitrado o valor da responsabilidade e avaliado o imóvel, o juiz ouvirá os interessados, concedendo-lhes o prazo de quarenta e oito horas para dizerem: 1 sobre o valor da responsabilidade; II sobre a avaliação e qualidade do imóvel indicado para a constituição e especialização da hipoteca". Estatuto o art. 701: "O juiz, à vista das alegações dos interessados, homologará ou corrigirá o laudo pericial". No *§* 1.0: "Se considerar livres e suficientes os bens designados, julgará por sentença a especialização e mandará proceder à inscrição da hipoteca que indicará o valor da responsabilidade, o nome do

responsável, a descrição do imóvel e o nome do proprietário". No *§* 2.0:

"Se verificar que o imóvel não é livre, ou é insuficiente, e que o responsável possui outro, além do designado, o juiz mandará proceder-lhe à avaliação. Avaliado, o juiz julgará por sentença a especialização e ordenará a inscrição 4a hipoteca". Diz o art. 702: "Julgada a especialização, dar-se-á ao interessado o respectivo instrumento, que só conterá a sentença a que se refere o artigo anterior e a decisão do recurso, se houver". E no ad. 708: "Não dependerá de intervenção judicial a especialização de hipoteca legal, se o interessado, sendo capaz, a convencionar com o responsável, por escritura pública".

3.RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS QUE TÉM DE REQUERER A INSCRIÇÃO E Á ESPECIALIZação.

Diz o ad. 845 do Código Civil: "As pessoas a quem incumbir a inscrição e a especialização das hipotecas legais ficarão sujeitas a perdas e danos pela omissão". Lê-se no art. 270 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989:

"As pessoas a quem incumbir a inscrição e a especialização das hipotecas legais ficarão sujeitas a perdas e danos, pela omissão, bem como os escrivões e tabeliães, aos quais incumbe a remessa de avisos e ~omunicaçõe5, e os juizes ~ncarregadO5 da fiscalização". No *§* 1.0: "Os testamenteiros, tutOres ou curadores, que não promoverem a inscrição, perderão suas vintenas e prêmios, e não terão julgadas suas contas sem a comprovação do cumprimento daquele ato, devendo os últimos ser imediatamente removidos". No *§* 2.0: "A indenização não isentará os funcionários culpados da responsabilidade criminal; incorrerão, também, nas penas do crime de estelionato, os responsáveis que, antes da inscrição de hipoteca legal, alienarem ou onerarem imóveis sujeitos a responsabilidade".

O art. 845 não aludiu ao ato negativo culposo, mas à omissão. Idem, o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 270. Todavia, se o marido omite bens, o escrivão somente tem responsabilidade quanto ao que lhe foi comunicado. O dano efetivo tem de ser alegado e provado pela mulher, ou pelo incapaz.

O Ministério Público, quando tem dever de promover, sendo de seu oficio, ou por provocação, só responde pelo que lhe foi comunicado ou há de saber por sua função. A mulher tem o remédio da separação do

dote, nas espécies dos arte. 308 e 309 do Código Civil.

4.HIPOTECAS LEGAIS E PRECLUSÃO. Diz o Código Civil, ad. 830: "Vale inscrição da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando vinte anos, deve ser renovada". O ad. 817 só se refere às hipotecas voluntárias: nelas, o prazo preclusivo é a partir da data do negócio jurídico unilateral ou bilateral de constituição da hipoteca. Nas hipotecas legais, enquanto perdura a responsabilidade perdura a hipoteca, mas a inscrição tem de ser *renovada,* completando-se vinte anos. Não se trata de prorrogabílidade, mas de renovabilidade. Donde poder ser feita nova inscrição depois de precluso o prazo para a eficácia da inscrição.

Quanto ao cancelamento da inscrição por ter cessado a causa da hipoteca legal, faz-se por eficácia sentencial (força ou efeito imediato ou mediato mandamental). Não há cancelamento, por ato extrajudicial, de hipoteca legal (cf. 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1947).

CAPITULO VI

HIPOTECA JUDICIAL

§ 2.471. Conceito e pressupostos

1. HIPOTECA JUDICIAL, EXPEDIENTE TÉCNICO DE EXECUÇÃO. Mediante a hipoteca judicial, o juiz evita que o credor leve a cabo a expropriação, a despeito das circunstâncias desfavoráveis à venda, com dano para o devedor ou para o próprio credor. Qualquer que seja a ação executiva de que se trate, pode o juiz constituir hipoteca, executando. Ou apenas constitui a hipoteca, ou aliena ao credor pelo preço da avaliação ou pelo maior preço que ele ofereceu, mediante reposição, garantida pela hipoteca do próprio bem alienado, ou prefere o maior preço que terceiro ofereceu, nos mesmos termos, ou melhores, de reposição e de constituição de hipoteca. A hipoteca judicial a favor do devedor contra o credor arrematante não é confundível com a hipoteca que resulta da incidência do ad. 967, *§§* 1Y e 2.0, do Código de Processo Civil, que depende do *acordo de constituição* pelos interessados (ad. 967, *§* 4~)

O que distingue a hipoteca judicial das hipotecas legais ou das outras

classes de hipotecas legais, segundo muitos juristas preferem é a interposição da decisão constitutiva do juiz. O juiz não constitui hipotecas legais (ou as outras hipotecas legais): pode declará-las, pode ter função no tocante à inscrição e cancelamento. Se as tem como objeto de julgamento é para declará-las existentes ou não, eficazes ou não eficazes. Quanto às hipotecas judiciais, o juiz, executando, as constitui.

Por outro lado, qualquer sentença ou despacho que declare direito à inscrição não é sentença que constitua hipoteca; supõe-se o título e apenas se lhe declara existência e efeito. Falta-lhe eficácia mandamental. O oficial de registro, diante do julgado, nenhuma dúvida pode levantar <lia coisa julgada material).

Também não se h á de confundir a hipoteca judicial com a hipoteca resultante da sentença proferida na ação do promissário se o demandado prometeu constituir hipoteca (Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.0). A constituição da hipoteca, ai, é negocial; a decisão judicial apenas executa a obrigação de prestar declaração de vontade, no acordo de constituIção. Houve pré-contrato de hipoteca. Muito diferente é o que ocorre se foi posto preceito para que o obrigado à hipoteca legal a inscrevesse e especializasse, bem como o que resultaria de constituição judicial de hipoteca, *commoditatis causa,* nas ações executivas.

2. HIPOTECA JUDICIARIA. É preciso que se distingam as hipotecas judiciais, que supõem ação executiva em que o juiz haja de constituir, exercendo a função de executar, da hipoteca judiciária, que resulta do Código Civil, art. 824:

“Compete ao exeqüente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização” (cf. Código de Processo Civil, art. 284).

3.PRESSUPOSTOS DAS HIPOTECAS JUDICIAIS. O que se disse no Tomo XVIII, § § 2.233-2.237, também invocado a respeito de usufruto, uso e habitação (Tomo XIX, §§ 2.264, 2.367 e 2.403), é de lembrar-se a respeito de hipoteca. Nas ações executivas, inclusive na ação de partilha e na de divisão, as circunstâncias podem pesar suficientemente para que o juiz tenha de, executando, constituir hipoteca. Na execução forçada, com ou sem adiantamento de

execução, há eventualidades em que o juiz pode constituir hipoteca. Inclusive em se tratando de sentença em ação do art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil. Aliás, tal poder tem o juiz sempre que a carga da sentença seja de ou de ~“~““„ de executividade. Os pressupostos são a maior conveniência *justa* do autor ou do demandado, ou de ambos.

Se o crédito é condicional ou a termo, a hipoteca judicial pode ser constituída, se houve ou se há condenação à prestação futura; bem assim se houve condenação a prestações periódicas, ou se a sentença é em ação de execução adiantada.

§ 2.472. Momento de constituição da hipoteca judicial

1. INSCRIÇÃO E SENTENÇA. O momento em que se constitui a hipoteca judicial não é aquele em que transita em julgado a sentença, mas aquele em que se inscreve a sentença, que ai está no lugar em que *poderia estar* o acordo de constituição. (Na execução forçada, com base no art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil, o juiz executa, constituindo; mas a constituição, por ato estatal, está no lugar em que *deveria estar* o acordo de constituição.)

2. FUNÇÃO DE CONSTITUIR. Na constituição judicial de hipoteca, o juiz constitui. Nas execuções forçadas, a constituição está *na ezecução* e não *ao lado,* como se daria se o juiz estivesse a partir ou a dividir e, não sendo caso do art. 827, VIII, do Código Civil ou caso do cônjuge sobrevivente, condômino, criasse hipoteca.

No exercício de tal função, o juiz que delibera partilha encontra fácil solução para garantir reposições e obviar aos inconvenientes de atribuir a um interessado, ou a alguns interessados o cumprimento de encargos ou adimplemento de deveres que tocaram ou tocam a todos ou são despesas do monte.

Antes do registro, o ato estatal, com a eficácia de coisa julgada, cria deveres, obrigações e ações entre os interessados, vincula, como vincularia o acordo de constituição.

Mais uma vez distingamos da hipoteca judicial, que é típica, a hipoteca acordada pelos interessados e homologada pelo juiz. Aí, o ato estatal é apenas integrativo de forma, porque o conteúdo volitivo foi todo dado pelos interessados. Tais acordos de constituição não acontecem somente nos juízos de comunhão; podem dar-se,

igualmente, nas prestações de contas e em quaisquer execuções em que, em vez de pagamento imediato, se oferte pagamento posterior com a garantia hipotecária.

A hipoteca judicial resulta de decisão, portanto de ato (jurídico) judicial. Se a decisão é nula, nulo é o ato constitutivo da hipoteca, e as conseqüências decorrem dos princípios.

Se a decisão é rescendível. a sentença, proferida na ação rescisória, desconstitui a decisão, *ex tunc,* e a hipoteca desaparece. Todavia, se terceiro adquiriu a hipoteca, tem por si a *fé* pública do registro. Tudo se trata como se o caso fosse de rescisão de decisão que resolveu sobre propriedade e terceiro, antes de qualquer eficácia da propositura da ação rescisória, a adquiriu.

HIPOTECA JUDICIÁRIA

§ 2.473. Conceito e pressupostos

1.CONCEITO E FUNDAMENTO. Se o credor tem sentença com carga de eficácia executiva imediata (* * * *) ou mediata (** *), pode providenciar para que tal sentença opere contra terceiros, como direito real de garantia.

Se a ação é real, ou repercutória, a inscrição da citação para a ação torna relativamente ineficazes os atos que pudesse prejudicar o autor. Idem, o registro da própria sentença.

A hipoteca judiciária é plus, cria o vínculo *real,* de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de seqüela, que não tinha. Dai resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a divida fosse de coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirida sem fraude de execução. Não há boa fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. Nada tem tal direito com o de se buscar à execução o bem alienado em fraude de execução: a hipoteca judiciária grava o bem desde que se registrou e independe de já haver execução, que se fraude; a fraude à execução supõe inscrição de citação em ação real ou reipersecutória ou execução singular Ou celetiva (Código de Processo Civil, art. 895; Decreto n.4.857, de 9 de

novembro de 1939, art. 178, a), VII). Tão-

-pouco havemos de confundi-la com a alienação relativamente ineficaz em caso de medida constitutiva cautelar (arresto e seqüestro de imóveis, Decreto n. 4.857, art. 178, a), VI, 2.~ e 3~ partes; ou de móveis).

Diz o art. 824: “Compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenada, mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização». O instituto muito se parece com o das hipotecas legais, a cujas regras jurídicas nos reportamos, porém não dá mais do que a seqüela. Toda eficácia real depende da inscrição. Fundamento da hipoteca judiciária, no direita brasileiro,

é permitir-se que o vencedor da ação não vá, desde logo, às medidas constritivas cautelares ou de execução (arresto, penhora), alarmando os credores do condenado ou diminuindo-lhe, com tais medidas judiciais, o crédito.

Aguarda-se melhor momento para a execução. Por outro lado, pode munir de garantia o vencedor, antes de se julgar em último grau a ação, e o arresto não impediria que o condenado contraísse outras dividas.

O direito do autor à inscrição da hipoteca judiciária é, de certo, hipoteca judiciária, se chamamos hipoteca judiciária ao titulo para a inscrição. O credor que obteve do devedor a escritura de hipoteca e ainda não na inscreveu está na mesma situação. Tem titulo; falta-te o direito real. Diz-se que, nesse período pré-inscricional, a hipoteca recai sobre todos os bens presentes e futuros do devedor condenado. Fácil dito. O vencedor tem direito formativo gerador, em que se contém o de escolher dentre os bens inscritiveis. A hipoteca judiciária que se dilui por todos os bens é algo de reminiscência, devido às teorias que viam nos bens do devedor garantia dos bens dos credores, e figura intermediária cuja natureza os juristas não quiseram estudar a fundo. A respeito da escolha pelo vencedor é que se discute quais os bens dentre os quais pode ele escolher, se dentre os que, ao tempo da sentença com a eficácia anexa, já eram do condenado, ou se dentre Esses e os por ele adquiridos até o trânsit o em julgado, ou se dentre os bens que tinha e os que adquiriu depois, enquanto não perde eficácia executiva a sentença. Mas ainda ai a questão somente surgiu porque não se viu na eficácia anexa direita formativo gerador. Quando o condenado dotava e inscrevia o dote, houve quem sustentasse não

poder ser eficaz o dote contra a hipoteca judiciária, que viera antes, sem ter sido inscrita. Ora, o vencedor não exercera o seu direito formativo gerador > de modo que não podia invocar existência do direito real. Tudo estava em se confundir hipoteca judiciária, direito formativo geral ao direito *real* de hipoteca, com hipoteca judiciária, direito *real* de hipoteca. (No Código Civil francês, há o art. 2.128, alínea 2.~, a parte, que diz: "Elle", a hipoteca judiciária, "peut s"exercer sur les 1

immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu"il pourra acquérir". Os intérpretes apenas lêem que a hipoteca judiciária *grava* todos os bens presentes e futuros, *e. g.,* J. BONNECASE, *Précis,* II, 612. A ambiguidade é evidente: gravar é conceito que supõe direita real; o direito formativo gerador é pré-gravame, não real, posto que de direito das coisas.) O sistema registrário torna absurdo qualquer direito real não registrado, se a lei mesma não dispensa o registro, sendo eficaz, então, *erga ninfles.* Nem há, antes do registro, a *prohibitio de non alienando.*

Toda confusão com a alienação em fraude de execução é nociva à inteligência dos dois institutos, um dos quais, o da hipoteca judiciária, somente concerne aos imóveis. SILVESTRE COMES DE MORAIS *(Tractatus de Ezecutionibus,* VI, 109 s.) frisava a diferença entre a regra jurídica sobre hipoteca judiciária e a sabre fraude à execução, não exigindo para a seqüela hipotecária que o terceiro *conhecesse* a sentença de que provém a eficácia *anexa,* devido a não existir o registra das hipotecas. Temos de interpretar o Código Civil com todo o seu sistema.

A hipoteca judiciária substitui a *ação executiva de sentença* pela ação *executiva* do ad. 298, VI, 2~a parte, do Código de Processo Civil, se o credor o prefere. A hipoteca judiciária dá direito real de seqüela, não o de preferência (art. 824, *verbis* "sem importar preferência"). Não depende de o condenado dar, ou não, a especialização dos bens que bastem à garantia.

A ação de execução baseada no art. 882, 1, do Código de Processo Civil é ação de execução de sentença trAnsita em julgado. A ação de execução baseada no art. 882, II, é ação de execução provisória, pois que se condiciona ao trânsito em julgado, donde ter sido preciso redigir-se o ad. 888, mas supõe sentença cuja eficácia executiva já existia. O ato de execução, que resulta do exercício do direito à hipoteca-judiciária, supõe executividade *prevista.*

Acolá, a executividade é definitiva; ali, provisional; aqui, apenas há

previsão de eficácia executiva.

2.O QUE SE GARANTE COM A HIPOTECA JUDICIÁRIA. Não há hipoteca judiciária sem julgado; o titulo executivo, não. sentencial, não a permite. De modo que não se pode dizer que ela garanta o crédito originário; o que ela garante é a condenação. Nisso distingue-se da hipoteca forçada, a *Zwangshipothelc,* que só supõe titulo executivo. O crédito resultante do julgado é o que se garante; e não tem peso, contra isso, o argumento de que pode ser pedida quando ainda não transitou em julgado a decisão (cp. Código de Processo Civil, arte. 882, II, e 883); porque, ainda aí, é eficácia executiva que se alude e a lei a dá, provisoriamente, a sentenças ainda não passadas em julgado. (Sem razão, G. GORLA, em inven *tario,* VI, 454.) Aliás, no direito brasileiro, a sentença cuja exequibilidade ainda não começou (Código de Processo Civil, ad. 882) pode, sobrevindo confirmação, ou alteração que não lhe tire a carga condenatória, *ter,* pelo menos, eficácia executiva mediata, gerando hipoteca judiciária.

3.SENTENÇAS QUE PERMITEM A HIPOTECA JUDICIÁRIA. Não é preciso que a sentença tenha força condenatória, isto é, seja sentença preponderantemente de condenação; basta que tenha eficácia forte de condenação, imediata (~ * * *) ou mediata (~ * *). As ações de anulação e as ações revocatórias, desde que nelas seja forte o elemento condenatório, dão ensejo à hipoteca judiciária. Não têm tal eficácia anexa as ações declarativas, em que o elemento condenatório, de regra, é fraco. Têm-no, e a *fortiori,* as sentenças nas ações executivas, como a que julga a partilha ou a divisão (Código de Processo Civil, arts. 510 e 419, aliás já havia fraude à execução; sem razão, LAFAIRTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coteas,* II, 160, que ainda incorria no erro de ter como declaratória a sentença de partilha). À sentença que homologa a concordata (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 175 e 183) falta eficácia bastante para a inscrição da hipoteca judiciária.

A sentença que revoga atas jurídicos em fraude de credores falenciais tem o efeito anexo de hipoteca judiciária.

A hipoteca judiciária resulta do elemento de condenação a prestar coisa certa, ou de fazer, inclusive declarar vontade, ou de não fazer. É preciso, para a inscrição, que preceda liquidação, se não há condenação a coisa certa ou a divida certa. Nas obrigações de fazer ou não fazer, pode pedir-se a avaliação do ato positivo ou negativo; se, posteriormente, há de prestar-se indenização pela omissão de fazer, ou

pela infração do devedor de ato negativo, a liquidação é garantida até onde f oi avaliado, de modo que o excedente é executável sem a garantia real.

O ad. 290 do Código de Processo Civil dá à sentença declaratória efeito de permitir a *preceitação.* Todavia, somente a sentença que julgasse o preceito cominatório poderia dar ensejo à hipoteca judiciária.

É de discutir-se se as sentenças que homologam transações e outras semelhantes têm a eficácia de hipoteca judicial.

A resposta é negativa (LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 161 s.).

Qualquer decisão judicial a que a lei atribua eficácia condenatória imediata ou mediata, ainda que não seja em ação de condenação e só se refira a custas, é inscritível. Precisa-se de homologação pela justiça brasileira, se estrangeira a sentença. Se o preceito cominatório foi julgado favoravelmente ao autor, aplicando a multa por ter havido infração, há eficácia executiva que baste. Se a sentença foi apenas julgando improcedente a contestação (ad. 303, § 2.0), sem ter havido a prática do ato positivo, ou negativo, contra o qual se fez a preceitação, não há eficácia executiva (sem razão, F. CARNELUTTI, *Lezioni,* VII, *III,* n. 852). A sentença que declara o crédito condicional, não tem eficácia condenatória que baste; nem as decisões dos órgãos administrativos que declaram ou liquidam contas. Produzem hipoteca judiciária as ações de alimentos e a ação de prestação futura, porque são condenatórias (*****), Se a condenação é dependente de contraprestação, ou condição, só se inscreve a hipoteca se se dá a prova da contraprestação, ou da realização da condição, mas, após isso ainda antes do trânsito em julgado pode pedir-se a inscrição. Quanto à sentença dos arts. 302, V, l.~ parte, e 307, nas ações de prestação de contas pelo obrigado a prestá-las, é dotada de eficácia executiva imediata (o ad. 310 também a ela se refere) se o réu não contestou, ou aceitou as contas apresentadas, havendo saldo devedor, ou se proferida após o processo ordinário, havendo saldo devedor. Tratando-se de ação de chamada à prestação de contas, a sentença do art. 808,

§ 1.0, que rejeita os embargos do chamado a prestar contas, não tem eficácia anexa de hipoteca judiciária (cf. L.

CovIELLo, *Delie Ipoteche,* 186). A sentença do art. 308, § 2.0, ou § 3□Ó, sim, porque, havendo saldo credor, é sentença de carga ~ de

eficácia executiva (cf. art. 310). As outras sentenças de preceito cominatório (arts. 302, 1-1V, VI-Xfl) não têm eficácia executiva, que baste, salvo se o réu infringiu o preceito (ad. 303, § 1.~, *verbis* "ou não cumpriu a obrigação" >.

Posto que a inscrição da hipoteca judiciária de regra se peça após o trânsito em julgado, não no exige a lei. O

Código Civil, art. 824, fala de "exequilente"; e em nenhum passo das leis se exige ter transitado em julgado a sentença. Assim, basta que se trate de sentença com a eficácia do ad. 882, II, do Código de Processo Civil, ou que possa vir a ter a execução do ad. 882, 1, Já as Ordenações Filipinas (Livro III, Titulo 84, § 14) cogitavam de sentença ainda não trAnsita em julgado (aliás, com recurso suspensivo >. O texto filipino previa a execução posterior à hipoteca, sobrevindo revogação da sentença, no todo, ou em parte, com as conseqüências indenizatórias e restituitórias que hoje se mencionam no art. 883 do Código de Processo Civil. A alusão à coisa julgada era, portanto, erro de intérpretes. O Decreta n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 274, § 1.~, repetindo regra que já se inseria no Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, ad. 258, § 1.~, abstraiu, explícita-mente, do efeito do recurso, e não é isso contra a *lei,* que é o Código Civil, art. 824, cujo fundamenta é o da exequibilidade da sentença, porém não *desde já.* À hipoteca judiciária basta o ter a sentença, *se transita em julgado,* carga de eficácia executiva imediata ou mediata.

Se a sentença vem a ser reformada, perdendo, de todo, a carga executiva que se *previa,* a inscrição hipotecária torna-se cancelável (= desconstituivel), mediante a apresentação do título, que é a certidão da sentença definitiva, trAnsita em julgado. O processo é o dos arts. 288 e 289 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, observados os arts. 826 do Código Civil e 296 do Decreto n. 4.857. Se a sentença que reformou, após a inscrição, ainda é suscetível de recurso, o cancelamento somente poderia ser provisional, porém essa solução é de repelir-se: admitiu-a a doutrina italiana (O. GORLA, VI, 458); porém o art. 294 do Decreto n. 4.857, que nos vem do Decreto

ix. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, ad. 277, diz: "O cancelamento não poderá ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, mesmo o extraordinário, interposto para o Supremo Tribunal Federal". Caso a sentença seja rescindida, o credor pode promover nOvo registro. A inscrição da citação na ação rescisória da sentença que deu azo ao cancelamento tem a conseqüência de tornar ineficazes os atos de disposição, se sobrevier a rescisão da sentença.

4.DIREITO À INSCRIÇÃO. O direito à inscrição da hipoteca judiciária é direito formativo gerador. Andou perto de o ver LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* II, 277), quando, referindo-se a hipoteca judiciária, disse que "nasce de um fato a condenação e esse fato abre margem ao credor para exercer o seu direito de garantia real, designando o imóvel, ou os imóveis do condenado, que devem ser levados a registro, e promovendo a respectiva inscrição mediante as formalidades que a lei tem estabelecido para inscrição das hipotecas legais". À

nota 7 acrescentou: "A condenação judicial, como fato de que decorre o direito nas hipotecas legais, cria na hipoteca judicial a faculdade para o credor de promover a efetividade da hipoteca. Os bens não estio hipotecados antes de especializados e inscritos: a hipoteca é para o credor neste caso um *jus delaturn,* depende só da vontade dele o fazê-la valer como direito real, pela inscrição; antes disso não havia entrado em seu patrimônio, não era para ele mais que um *ias futururn."*.

Ê preciso, no direito brasileiro, evitar-se a grave confusão entre a hipoteca judiciária, que é direito real, e a medida cautelar de arresto de imóveis. Outros sistemas jurídicos, como o alemão, não se libertaram de certa confusão entre os dois institutos, o da hipoteca judiciária ou forçada e o do arresto de bens imóveis. O registro de imóveis tem, ai, função de órgão executivo, uma vez que há de examinar a carga de eficácia executiva da sentença. Donde a necessidade de se admitir, no juízo do registro, apresentação de embargos de terceiro, ou de embargos do executado.

Exerce-se o direito formativo gerador com o pedido de inscrição, apontando o credor os bens de que o devedor tem a propriedade. As custas da inscrição são por conta do devedor condenado. A inscrição é pedida ao oficial, dispensados, hoje, os extratos (Decreto n. 4.857, art. 210) ; pode ele levantar dúvidas (arta. 215, §§ 1.~ e 2?, e 216), seguindo-se a impugnação pelo apresentante (art. 217) e a decisão pelo juiz (arts. 217-219).

A inscrição determina restrição ao *poder de dispor,* por parte do dono do imóvel, de modo que o adquirente não pode alegar boa fé. Pode ser inscrita hipoteca, como posterior, sobre bem já hipotecado. O credor por hipoteca judiciária pode remir a anterior, vencendo-se (ad. 814); e o credor com a segunda pode remir a hipoteca judiciária. O art. 815 pode ser invocado. Pode a hipoteca judiciária recair em parte indivisa, que pertença ao condenado (art. 623, ~ 2.~ parte) ; porém não em parte indivisa do imóvel pertencente ao mesmo dono. Pode ser

gravada de hipoteca judiciária a hipoteca pertencente ao condenado, bem como a hipoteca judiciária inscrita a favor dele *(O.* PLANCK, *Kommentar,* III, 4.~ ed., 1077).

5.ESPECIALIZAÇXO. A especialização dos bens hipotecados judiciariamente é indicação de bens, objetiva e de per si. Apontam-se os bens, que ficam gravados. Daí ser de inteligência equivoca dizer-se que a hipoteca judiciária somente apanha os bens imóveis até então na posse do condenado *(e. g.,* 33 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de janeiro de 1932, *R. dos T.,* 81, 314, e 9 de junho de 1933, 90, 362). Os bens imóveis de propriedade do condenado, estejam ou não na sua posse, podem ser especializados, bastando terem sido adquiridos antes ou após a condenação. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 274, diz:

"Considerar-Se-á, também, especializada, e, apenas dependente de inscrição, a hipoteca judicial, mediante mandado ou carta de sentença, quando esta for líquida, quanto aos bens existentes em posse do condenado, ou alienados em fraude de execução. Em caso contrário, apurar-se-á, provisoriamente, o valor da responsabilidade, sem prejuízo do processo de liquidação". No § 1.~: "Mesmo a sentença recorrida, qualquer que sej a o seu efeito, autorizara a inscrição, com caráter condicional, fazendo-se observação a respeito". No § 2.0: "O credor indicará, em petição, os imóveis sobre os quais deve recair a inscrição com os requisitos necessários, ficando salvo ao devedor requerer ao Juiz competente a redução ou substituição dos imóveis apontados". O mesmo se estatuira no Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 258 e §§ 1.~ e 2.~. O Decreta n. 370, de 2 de maio de 1890, ad. 201, a e 23 alíneas, apenas estabelecia: "Também se considera especializada pela importância da sentença a 1

hipoteca judicial, a qual recairá nos imóveis do devedor condenado, existente na posse dele, ou alienados em fraude da sentença que o exequente designar nos extratos do art. 50. A carta da sentença será o título para a inscrição, e para esse título se transportará o mínimo de ordem do registro". t preciso ter-se todo cuidado na interpretação de tais regras jurídicas. Não se disse que há especialização *in abstracto* dos imóveis do devedor condenado, pois seria absurdo pensar-se em especialização que não especializasse; nem se há de ver na expressão

"posse" outra coisa que a alusão à propriedade, uma vez que não se poderia, no processo de especialização, discutir a *quaes tio facti* da posse. A referência a bens alienados em fraude de sentença só se pode entender tendo havido decisão declarativa de tal fraude, ou se no registro de imóveis a inscrição de citação da ação real ou

reipersecutória, de modo que se houvesse de considerar sem eficácia a alienação posterior. O ad. 50 do Decreto n.

370, de 2 de maio de 1890, a que alude o ad. 201 é aquele em que se exige para inscrição o título a ser inscrito, que é, no caso, a parte condenatória da sentença, e o extrato do mesmo título em duplicata, a fim de serem satisfeitos os requisitos da inscrição. Já o Decreto n. 18.542, art. 258, empregava as expressões "especializada e apenas dependente de inscrição a hipoteca judicial"; mas o erro é evidente, uma vez que se pode chamar hipoteca ao direito formativo gerador à inscrição, porém seria absurdo cogitar-se de especialização antes da inscrição, como se fosse possível especializar bens sem os mencionar, com as necessárias individualizações. Somente com a especialização é que pode ser feita a inscrição, mas, antes da inscrição, não há qualquer especialização com efeitos jurídicos. t certo que, à diferença das outras hipotecas, a hipoteca judiciária não contém o direita de preferência, porém contém o de seqüela. Tão pouco, é simples medida cautelar; e as medidas cautelares exigem especialização, se têm por fito arrestar ou seqüestrar. A hipoteca judiciária já é *ato de execução* (LEO

RoSENÍ3ERG, *Lehrbuch,* &a ed. 974), razão por que o terceiro pode ir com embargos de terceiro e o próprio condenado com embargos do executado, desde que seja pedida a inscrição.

Falamos da *avaliação* da condenação. Tal expediente evita que se protele até à liquidação a inscrição, ao mesmo tempo que repele a hipoteca judiciária sem alusão a quanto, que se admitiu no direito italiano recente (Código Civil italiano, art. 2.818). Todavia, vale e é eficaz a inscrição de hipoteca judiciária que não aluda ao quanto liquido devido.

6.HIPOTECA LEGAL DO OFENDIDO E HIPOTECA JUDICIÁRIA. A hipoteca *legal* do art. 827, VI, não é a hipoteca *judiciária* do art. 824 do Código Civil. Aquela pode ser inscrita antes da sentença, desde que foi cometido o crime e se formou a relação jurídica processual, no crime ou no cível (cp. 3~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30 de março de 1948, *R. dos T.,* 159, 297). No art. 134 do Código de Processual Penal, diz-se: "A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza de infração e indícios suficientes de autoria". No art. 144: "Os interessados, ou, nos casos do ad. 142, o Ministério Público, poderão requerer ao juízo cível contra o responsável civil as medidas previstas nos arts. 134, 136 e 137".

O processo da especialização, no juízo criminal, está regulado no art. 185 do Código de Processo Penal.

O art. 1.521, 1-111, do Código Civil é invocável para se inscrever e especializar hipoteca dos bens dos titulares do pátrio poder, dos pais que têm em sua companhia o filho, dos tutores e curadores, dos patrões, amos e comitentes, donos de hotéis, hospedarias, casas e estabelecimentos de habitação ou albergue, e dos que participaram dos produtos do crime (2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1947, sobre pais).

Se os bens do criminoso não bastam para a satisfação da responsabilidade, a pretensão do ofendido e a dos herdeiros passam à frente das penas pecuniárias e das custas judiciais. Diz o Código Civil, art. 829: "Quando os bens do criminoso não bastarem para a solução integral das obrigações enumeradas no art. 827, ns. VI e VII, a satisfação do ofendido e seus herdeiros preferirá às penas pecuniárias e custas judiciais".

§ 2.474. Hipoteca judiciária cumulativa e hipotecas anteriores e posteriores 1.GRAVação CUMULATIVA. Quando o bem que se há de gravar não basta, ou não há conveniência em que se grave determinado bem cujo valor, sozinho, garantiria a crédito, é caso de constituir-se hipoteca judiciária cumulativa.

A hipoteca judiciária cumulativa rege-se pelos mesmos princípios que as outras hipotecas cumulativas.

É de notar-se que, a respeito do pressuposto de ser um só o devedor, ou ser caso de solidariedade passiva, a solidariedade que só se estabeleceu por eficácia integrativa ou própria da sentença basta.

2.HIPOTECAS ANTERIORES E POSTERIORES. A hipoteca judiciária pode já vir após outra ou outras hipotecas: toma ela o seu grau. Pode ser seguida de outras hipotecas e, a respeito dessas hipotecas que sobrevieram, tem ela a prioridade.

Os princípio~ são os mesmos.

Se, depois, ocorre que, em virtude de decretação da nulidade da sentença, ou da rescisão da sentença, por força de decisão, em ação rescisória, deixa de existir a sentença de que resultou o efeito de hipoteca judiciária, tem-se de cancelar a inscrição. A propósito do cancelamento, os princípios são os comuns. Todavia, como a hipoteca adveio de atendimento a sentença, o oficial de registros deve submeter

ao juiz do registro a espécie, para que examine, formalmente, a decisão proferida.

Se a decisão reiscindente só em parte alterou a decisão de que resultou a hipoteca judiciária, não se pode cancelar a inscrição. O interessado ou os interessados têm de submeter ao juiz do registro a espécie, para que diminua ou aumente o valor da hipoteca, dispensando ou exigindo algum bem, ou apenas abatendo no valor da hipoteca ou elevando o valor da hipoteca, se o bem gravado o pode garantir.

Procedimentos semelhantes podem ocorrer em caso de hipoteca *legal* do art. 827, VI, do Código Civil, se a sentença final é mais gravosa ou menos gravosa.

A respeito da hipoteca judiciária, pode dar-se que haja troca ou mudança de grau, desde que consinta o titular da pretensão à hipoteca judiciária ou do direito de hipoteca. A citação na ação de cuja sentença pode resultar hipoteca judiciária não é inscritível no registro de imóveis, mas a sentença é preventiva-mente inscritivel, ainda que não haja passado em julgado.

CAPITULO VIII

HIPOTECA DE MINAS E PEDREIRAS

§ 2.475. Indústria mineira e pedral

1.CARACTERÍSTICAS DO OBJETO HIPOTECADO. O objeto da hipoteca de minas e pedreiras apresenta a particularidade de ser bem imóvel que se tratava como parte integrante de outro. A concepção de serem a mina e a pedreira propriedade distinta da propriedade do solo vem de longa data, no direito luso-brasileiro, e está, por exemplo, em DOMINGOS ANTUNES PoRTUGAl? *(Tractatus de Dortationibus,* Livro II, Capitulo XII.10 e 12).

2.EXPLORação DAS MINAS. Entre os diferentes sistemas jurídicos, uns (a) têm a mina como parte integrante do solo, de modo que só o proprietário do terreno pode outorgar direito de exploração, outros (b) consideram propriedade do Estado a mina, de jeito que sómente Ele pode outorgar aquele direito, ou a) desde todo o começo, ou b) após algum ato estatal que se possa classificar como de inscrição do direita

do Estado (de regra, ato de pesquisa ou de permissão de pesquisa).

A construção *(a)* não pré-exclui que se separem, eventual-mente ou sempre, a propriedade do solo e a propriedade da mina. Ainda se há de notar que se pode pensar em direito real limitado à mineração e à exploração de pedreira, ou em domínio à parte, por separação espacial dos dois objetos, como acontece no direito inglês e no brasileiro.

Não é incompatível com a existência de propriedade privada das minas ser preciso autorização (estatal) de pesquisa. Essa necessidade deriva de interesses de todos, e não só do Estado; e faz nascer direito limitativo à propriedade privada.

O problema técnico, para o jurista, é o de caracterizar quando e como se pode hipotecar a mina ou a pedreira. À

diferença dos outros bens imóveis, minas e pedreiras exaurem-se. Por outro lado, há momento em que a mina ou a pedreira não se separa, não se distingue, juridicamente, do prédio em que foi encontrada, ou apenas percebida.

As minas, para a sua exploração, exigem grandes capitais, desde o início das pesquisas. Estradas, escavações, poços, galerias, adutoras de água, obras de iluminação, ventilação e transporte são empreendimentos custosos. As maquinarias e a preparação dos produtos não podem ser orçadas de uma vez e previstas no rol do que se vai obter ou fazer com o capital. Por outro lado, os lucros não vêm desde logo. Impõe-se o empréstimo, com que se auxilie o capital. Nos paises em que falta organização de crédito para minas, a hipoteca oferece a garantia mais eficiente.

8.CRÉDITO PARA EMPRÉSAS DE MINAS E PEDREIRAS. No direito brasileiro, a hipoteca de minas é hipoteca que se pode constituir desde que se *distingue* a mina. Se hipoteca o prédio, não se entende hipotecada a mina que se encontre ou descubra. Para que o ato de constituição abranja a mina, ou as minas, é preciso que se tenha expresso a vontade de hipotecar a mina, especificadamente, e a hipoteca pode ser de solo e mina, ou só de solo, ou só de mina. Se há duas ou mais minas, cada uma pode ser hipotecada sem a outra ou as outras.

§ 2.476. Direito romano e medieval

1. DIREITO ROMANO. t de duvidar-se se o direito romano conseguiu unidade e especialidade, no tocante ao direito sobre minas e pedreiras, como em outras matérias em que o seu gênio se revelou. Todavia, no regular o uso e a fruição dos bens indivisos, algumas particularidades chegaram a precisar-se e fizeram corpo comum com as regras jurídicas que o Estado, como dono das minas, editava. No fundo, os ocupato *res* e *cotoni,* concessionários ou autorizados, estavam diante de regras jurídicas que partiam de legislador-proprietário. As *tábuas de Áljus frei* são a prova de que algo se alcançou com certa unidade e especialização. As *tábuas vipascenses* vieram documentar que dois tratamentos legislativos havia: o das minas públicas e o das minas privadas.

Quanto às minas públicas, *metaila publica,* eram administradas por *comes metailorum,* subordinados ao *comes sacraram largitionum,* que dispunha de *procuratores metaliorum.*

Tais minas eram arrendadas aos publicanos, mediante cânon anual *(vectigal),* com obrigação de exploração (GAIO, L. 13, pr., D., *de publicanis et vectigalibus et commissis,* 39, 4; L. 1, pr., D., *quod cuiuscum que universitatis nomine vel contra eam agatur,* 8, 4, onde se fala da permissão de associar-se aos exploradores de minas e salinas). ULPL&NO (L. 17, § 1, D., *de verborum signi.ficatione,* 50, 16) disse que devemos entender por vectigais públicos, *publica vectigalia* (tributos públicos), aqueles que o fisco percebe, como os de pôrto, de coisas à venda, de salinas, minas e pescarias. Impostos, portanto, e outros tributos.

Havia minas exploradas diretamente pelo Estado, com escravos e condenados a trabalho de exploração nas minas *(in metaila, ad effodienda metaila),* às vêzes com provinciais e soldados (cf. M. ROSTOvTZEFF, *Geschichte des Staatspacht in der rãmischen Kaiserzeit bis Diokletian,* 445 s.).

A princípio, os donos dos prédios podiam livremente explorar minas e pedreiras (L. 13, §§ 5 e 6, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur .fruatur,* 7, 1; L. 77, D., *de verborum significatione,* 50, 16; L. 18, § 1, D., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, 4), quaisquer que fossem as minas e as pedras. Isso é certo quanto à península romana. A respeito das províncias, há discordância de opiniões, pois alguns afirmam a não-existência do direito do particular e outros entendem que não se lhe retirara o direito de explorar o que era seu, salvo a partir do século IV *(e. g.,* ano de 320, para a África; ano de 363, para o Oriente; 376, para a Macedônia e a Iliria).

A propriedade era do Estado, que arrendava as minas. Outorgava ele o *ius fodiendi;* e a relação jurídica era pessoal, segundo ULPIANO (L. 1, § 2, e L. 3, D., *de muneribus* a *honoribus,* 50, 4). Não havia só o dever de pagar o vectigal.

Nas províncias, a exploração pelos particulares de modo nenhum retirava a propriedade ao Estado.

Quanto às minas privadas, eram tidas como *partes fundi;* e os produtos, como frutos. Só o dono do solo, *dominus sou,* podia explorá-las. Mas tinha ele de pagar imposto, que não se confundia com o vectigal dos publicanos, posto que a técnica jurídica romana, no assunto dos tributos, não tivesse chegado à precisão da técnica de hoje. O

direito romano punha os donos das terras em situação semelhante à dos publicanos, arrendatários de minas públicas (L. 18, pr., D., *de publicanis et vectiga!ibus et commissis,* 89, 4), "publicanorum loco sunt". Quanto ao direito dos terceiros, que sobreveio, pouco se sabe, e à concepção de A. ÃRNDT *(Zur Geschichte und Theorie des Rerpregaís und der Rergbaufreiheit,* 2.8 ed., 18) de se tratar de direito à parte da propriedade, já em regime de quase-regalia, procura-se contrapor a da *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade *(e. g., E.*

ACHENBACH, *Das franzôsische Rergrecht,* 92) e a da plena liberdade de pesquisa ou escavação (Poací e MARzUCCHI, *Discorso....storico ed economico sulia legislazione mineraria,* 29). H. ACHENBACH aludrn a servidão legal, sem prestar atenção a que faltava o elemento de interpredialidade.

O direito romano desse período *limitou* o domínio. Os direitos exercidos por terceiro foram direitos limitativos, chegando, às vezes, à *distra endi libera potestas.* Aliás, só se cogitava do direito ao produto e, mediante o prazo do décimo, o de explorar <cf. E. SCHÕNBAUER, *Beitrttge zur Geschichte des Rergbaw. rechts,* 155). Décimo ao fisco; e décimo ao dono das terras.

2. HIPOTECAS E PENHORAS. As minas e pedreiras do Estado não podiam ser dadas em garantia, porque eram inalienáveis, estivessem ou não arrendadas aos publicanos.

Enquanto não se apagou a diferença entre propriedade quiritária e propriedade provincial, as minas provinciais apanhadas pelo regime estatal não podiam ser empenhadas, nem hipotecadas.

Ao tempo das tábuas de Aljustrel duas tábuas de bronze encontradas em Portugal (1876, 1906), incompletas, chamadas *Lez locationis*

conductionis (ou *Lez metaili Vipascensis)* e *Lez metalUs dicta* revelam algo de direito vigente ao tempo de Adriano. Procurou-se ver em tal regime direito real limitado, por parte do *occupator* ou do *colonus.*

§§ 2.476-2.481. HIPOTECA DE MINAS E PEDREIRAS

Na análise do direito do *occupator* e do *colonus,* nas tábuas de Aliustrel, procurou-se ver relação jurídica real (E.

CUQ, Un rêglement administratif sur l"exploitation des mines au temps d"Hadrien, *Mélanges* GÉRARDIN, 105), ou *ius celendi* de natureza real (E. SCHÓNEAUER, *Reitrdge zur Geschichte des Bergbaurechts,* 121). Sem razão.

Nada se retirou ao exercício do direito de propriedade para se formar direito real limitado, tanto que o principio de elasticidade não incide (para os textos das tábuas de AU ustrel, J. MISPOULET, Le Régime des Mines à l"époche romaine et au Moyen-Àge d"aprês les tables d"Aljustrel, *Nouveile Revue Historique,* 31, 110 e 3; E.

SCHÕNBAUER, *Reitráge zur Geschichte des .Bergbaurechts,* 38 e 3).

A *pignoris capio* é dada (ou reconhecida) a quem outorga a exploração e ao outorgado para garantia de certos direitos.

Na economia romana, a extração de minerais por particulares, donos das terras, era em menor escala que a exploração pelo Estado.

8. IDADE MÉDIA E MINAS. Na Idade Média, ou há o princípio da liberdade de mineração, que atribui direito a todos, ou o da regalia, que só o dá ao rei. O dono do terreno eclipsa-se. Alguns reputam primeiro aquele *(e. g., E.*

KLOSTERMANN, *Lehrbuch des preussischen Rergrechtes,* 6 s.); outros, Esse *<e. g.,* A. ZYCHA, *Das Recht des tiltesten deutschen Rergbaues,* 8 s.; C. VOELKEL, *Grundzilge des Rergrechts, 2.~* ed., 16); outros sustentam que não houve solução de continuNdade entre o direito (provincial) romko último e o medieval (A. ARNDT, *Zur Geschichte und Theorie des Rergregals und der Bergbaw.*

A descoberta das tábuas de Aljustrel veio reforçar o que pensava A. ARNDT, mas retirando-lhe a rigidez com que fora exposta a teoria da continuidade, devido a irrupções da liberdade aqui e ali e de quando

em quando, espontânea e não regalianamente outorgada.

§ 2.477. Direito contemporâneo

1. TEMPOS MODERNOS. Nos sistemas jurídicos em que a mina e a pedreira são e têm de continuar de ser partes integrantes, não há pensar-se em hipoteca de minas: hipotecado o prédio, com o terreno foi hipotecado o que dele fazia parte (* *Cujus est solum, ejus usque ad coelum, usque ad profundum).* Nos sistemas jurídicos em que se proclama o princípio da liberdade de exploração mineira, quer espontaneamente exsurgido quer oriundo de outorga do príncipe a todos, tem-se de apurar de quando começa a aquisição da mina descoberta para se poder conceber a propriedade mineira. Se o direito que se adquire não é real, não há cogitar-se de hipoteca ou de penhor. t real; e não é indiferente saber-se se *antes* a mina a) pertencia ao dono do prédio, ou *b)* se ao Estado, ou o) se era *res nuilius.* No sistema jurídico brasileiro, "as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d"água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial" (Constituição de 1946, art. 152).

A opinião a) foi sustentada por O. STOBBE *(Handbuch tíles Privatrechts,* II, 2.~ ed., 588; ainda hoje, MARCEL

PLANTOL, G.RIPERT e PICAR», *TraiU pratique de Droji civil françaís,* III, 510 s.). A opinião 1», por A.

ARNn"r *(Zur Geschichte und Theorie des BergregaLs um! der Rergbaufreiheit,* 214 e 280 5.; *Aligemeines Berggesetz f%Lr <fie preussiecheu Staaten,* 9.~ ed., 6). A opinião e), por O. BESELER *(Syttem des gemeinen deutschen Privatrechts,* ~ 4.~ ed., 938), H. DERNEURO *(Lehrbuch des preussischen Privatrechts,* ~, 4.s ed., 663), O. MEXER *(Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts,* ~, 2.~ ed., 865) e PAGANO *(Le Miniere e ii Dirjito di proprietd,* 37 e 57 s.).

2.SE A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE DA MINA É DERIVATIVA OU ORIGINÁRIA. A jazida que é o que jaz antes da exploração da mina pertence ao proprietário do prédio (Tomo II, § 141), como parte integrante fática e temporariamente essencial, que se desessencializa, juridicamente, com a transformação conceptual da jazida em mina, momento logicamente anterior àquele em que se registra a mina. O registro da mina, da estância hidromineral ou da pedreira é que torna *bem distinta* a mina, a estância mineral, ou a pedreira.

Temos, assim, a opinião *d),* que consiste em considerar a "mina" (jazida), antes da exploração segundo as regras jurídicas de direito constitucional e administrativo, parte integrante faticamente essencial, que o fato da permissão ou da legalização da exploração desessencializa, donde ser possível a formação de bem distinto, *com* o *registro.*

Não se invoque contra isso que a Instrução de 19 de setembro de 1836, art. 7□0, sobre hipoteca da mina em separado, desessencializava a mina: na Instrução de 19 de setembro de 1836, o que se permitia era a incidência do direito real de garantia na mina, como parte integrante. Nem com os arts. 810 e 725 do Código Civil que falam de hipoteca e de uso das minas, respectivamente nem com o art. 61, II, que se refere aos minerais, e não às minas, se conciliaria ter-se a mina como pertença. Para a desapropriação, a exploração da mina é caso de necessidade pública (art. 590, § 29, IV), não a jazida em si.

Quanto ao Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 4,0, poderia ser argumento para a opinião o), mas é de advertir-se em que o art. 49 se choca com o sistema da Constituição de 1946 e com o sistema do próprio Decreto-lei n. 1.985. Diz o art. 4.0: "A jazida é bem imóvel distinto, e não integrante do solo. A propriedade da superfície abrangerá a do subsolo, na forma do direito comum, não incluída, porém, nesta a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria".

Ocorre o mesmo com o Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 145. No art. 4□Ô do Decreto-lei n. 1.985,

"jazida" está em lugar de "mina".

Temos de raciocinar com os fatos: o domínio ou qualquer direito real limitado sobre o prédio recai sobre a jazida, se e enquanto não se opera, juridicamente, a desessencialização, isto é, se e enquanto o direito não retira a ligação fática ao bem, com a incidência de regra jurídica de desessencialização. O domínio e o direito real limitado sobre o bem apanha a jazida, sujeita à transformação por ato do Estado; de modo que o valor que garante algum crédito (hipoteca) anterior à desessencialização, ou criado após ela mas antes do registro, é o valor do solo *mais* o da jazida, *menos* o que decorre da exploração eventual. O proprietário ou enfiteuta não pode hipotecar o prédio *com* o direito à propriedade da mina, porque ainda não o tem, mas apenas o prédio e o direito sobre a jazida, que pode precluir, só lhe ficando o direito de preferência e outros direitos emanados da sua situação de proprietário (cf.

Constituição de 1946, art. 153, 1 1.0).

§9 2.475-2.481. HIPOTECA DE MINAS E PEDREIRAS É preciso repelir-se a concepção que não atende à diversidade dos conceitos empregados pelo art. 53 da Constituição de 1946, *verbis* "autorização ou concessão". A autorização, ou permissão, é para todos os casos em que a jazida é em terras particulares ou dominicais do Estado (Código Civil, art. 66, III). A concessão, sempre que o bem é público de uso comum ou especial (Código Civil, art. 66, 1 e II). Quando se fala de concessão, em se tratando de exploração de riquezas do subsolo, ou de energia hidráulica, que são parte integrante de bens imóveis particulares ou dominicais do Estado, emprega-se terminologia incorreta. O outorgado, aí, é *permissário,* autorizado, e não *concessionário.* A permissão é para exercício de direito, que já existe, ainda que desse exercício possa resultar nascimento de outro direito, que se tem por fito *(e. g.,* a aquisição da propriedade da mina).

Não há concessão de exploração de jazida sita em terras particulares, nem concessão de exploração de força hidráulica que se encontra em terras particulares. Aí, o ato administrativo é de permissão ou autorização (Tomos IL § 159, *in tine,* tabela; III, § 278; XVIII, § 2.216).

As jazidas não são *res nuilius* à disposição do primeiro ocupante. Pertencem ao proprietário, embora arriscado à duas transformações de origem jurídica: a desessencialização pela permissão de lavra, o que supOe estar convenientemente pesquisada a jazida, com a fixação da sua área, a separação, com a aparição da *res,* bem distinto do solo em que se situa a mina. Se o direito à mina se extingue, por exaustão ou outra causa de perda da propriedade sem que outrem adquira, a área é do dono do terreno em que ficou a exploração (área de pesquisa e lavra). Por onde se vê que há *termo resilitivo* à propriedade das minas e outras riquezas do subsolo, ou de quedas de água. A teoria da aquisição da mina, ou das águas, *origirariamente* (teoria da *res nultius),* não se prestaria a essas proposições que fazem parte do sistema jurídico.

Tão-pouco se pode ver no ato estatal de permissão outorga de direito de propriedade. A sua função consiste em verificação de idoneidade, habilitação e interesse público; e não em outorga de direito de propriedade. A eficácia desessencializante da parte integrante, que é a área da mina, surge por ato estatal, suscetível de exame administrativo e judicial (Constituição de 1946, art. 141, § 4.0), subordinado às regras jurídicas dos arts. 49, 2.~

parte, 59, 6.0, 7□0, *89* e 9,0 do Decreto-lei n. 1.985, e art. 10 do Decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934.

O dono das terras tem direito à permissão de pesquisa; tem-no quem está na situação do art. 14 do Decreto-lei n.

1.985. Quem pesquisou tem direito formativo gerador a obtenção da propriedade da mina: se foi o dono, pela separação *registrada* da parte integrante não-essencial (= desessencializada) do bem próprio; se terceiro, pela separação *registrada* da parte não-essencial (= desessencializada) do bem alheio. Proprietário anterior era o dono das terras, em qualquer caso; porque o era da parte integrante faticamente essencial (= *ainda* não separável). A função estatal é só de direito público; nada transfere, porque para permitir a si mesmo a pesquisa e exploração precisaria de decreto permissivo, ou de prévia desapropriação dos direitos do dono das terras.

A *manifestação* da jazida ato jurídico *stricto sensu,* receptício (manifestação comunicativa de existência de jazida, portanto comunicação de conhecimento) faz nascer o direito a que se refere o art. 10 do Decreto n.

24.642, de 10 de julho de 1934 (cf. Decreto-lei n. 1.985, arte. 7~O~9.O)□

O direito que nasce ao manifestante é o direito à permissão de pesquisa; com a aprovação do relatório, exsurge-lhe a *pretensão à permissão de lavra,* que é cessível e dura um ano (Decreto-lei n. 1.985, arts. 20 e 21) ; com a desaprovação, qualquer dos dois direitos não existe (Decreto-lei n. 1.985, art. 22). Com o registro da permissão ou autorização de lavra (Decreto-lei n. 1.985, art. 31; Decreto-lei n. 5.247, de 12 de fevereiro de 1943, art. 1.0), independentiza-se a mina, como objeto de propriedade e pode ser alienada ou gravada (alienação simples, ou sob condição ou a termo, ou outorga de propriedade fiduciária, ou fideicomisso; gravame de usufruto, ou uso, ou hipoteca ou anticrese). Lê-se no art. 33: “A autorização subsistirá, quanto aos direitos, obrigações, limitações. e efeitos dela decorrentes, quando o cessionário alienar ou gravar, na forma da lei, mas os atos de alienação ou oneração só valem depois de averbados à margem do registro da autorização”. Em “valem” leia-se “têm eficácia real”. A autorização de lavra é ato constitutivo de domínio em bem alheio ou próprio (Código Civil, art. 66, III), que parte do Estado em adimplemento de dever de prestação de ato administrativo, que prometera aos que observassem as regras legais. No tocante às transferências e gravames, já o ato de transmissão (bilateral, acordo

de transmissão, abstrato; ou unilateral, negócio jurídico, abstrato, de transmissão) ou de constituição de direito real limitado (usufruto, uso, hipoteca, anticrese), abstrato, figura o disponente ou constituinte, salvo se houve transmissão ou constituição *ex lege* ou judicial, respeitado, em qualquer caso, o art. 34, XVI, do Decreto-lei n.

1.985: “A autorização só poderá transmitir-se com observância do que dispõe o artigo anterior, ainda que no caso de herdeiro necessário e de cônjuge sobrevivente, bem como no de sucessão comercial, desde que ao sucessor não falte capacidade legal para o seu exercício; quando o sucessor não tiver capacidade legal para o exercício do direito de lavra, será válida a cessão que Ele fizer desse direito a pessoa física ou jurídica capaz”. A situação, que se cria, é a de bem que está na herança e não pode ser atribuido ao herdeiro, de modo que se inclui na quota do co-herdeiro que possa ser dono de minas ou outras riquezas minerais, observada a Constituição de 1946, art. 153,

§ 1.0, ou é alienada pelo inventariante, como inventariante, se não há co-herdeiro a que se partilhe.

§ 2.478. Minas hipotecáveis

1. “Pns FUNDI” E BEM DISTINTO. As leis brasileiras não anuiram em que se hipotecasse a jazida como *pars sou,* posto que em certo momento possa ter sido essa a solução. Tão-pouco, admitiu hipoteca de pedreiras, sem se tornarem *res* distinta.

As jazidas suscetíveis de registro na Divisão de Fomento da Produção Mineral (Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 31; Decreto-lei n. 5.247, de 12 de fevereiro de 1948, art. 1.0), hipotecáveis como minas, são: as jazidas primárias de minérios de metais nobres, aluviões e eluviões de minérios de metais nobres, jazidas primárias de minérios de metais básicos, alurides e eluviões de minérios de metais básicos, jazidas primárias e secundárias de minérios de metais raros, jazidas priminas de minérios e minerais não-metálicos, jazidas de combustíveis fôsseis sólidos, jazidas de rochas betuminosas e pira

-betuminosas, jazidas de petróleo e gases naturais, águas minerais, termais e gasosas.

As jazidas e minas de substâncias para a produção de energia atômica não são de *propriedade* do Estado (Lei n.

1.310, de 15 de janeiro de 1951, art. 5.0; decreto n. 30.280, de 1.0 de dezembro de 1951, art. 3.0: “As jazidas e minas de substâncias de inter8sse para a produção de energia atômica constituem reservas nacionais, consideradas essenciais à segurança do pais, e ficam sob o controle do Estado, nos termos do art. 59 da Lei n. 1.310, de 15 de janeiro de 1951). Também ta respeito de tais jazidas e minas, há a propriedade do particular ou do Estado dono das terras, enquanto não exaurge a propriedade do bem distinto.

São consideradas de interesse para o Estado, na produção de energia atômica, as jazidas “que contenham minérios de urânio, tónão, cádmio, litio, boro, borilio, zircônão e terras raras, bem como a grafita e outras substâncias que venham a ser discriminadas pelo Conselho Nacional de Pesquisas” (Decreto n. 30.230, art. 2.0). O Conselho Nacional de Pesquisas determina as percentagens mínimas dos metais contidos nos minérios acima referidos (art.

2.0, parágrafo único). As autorizações de pesquisa e de lavra regem-se pelos art. 4.O15 do Decreto 30.230.

Pedreiras não são minas. O que se classifica como mina não entra na classe das pedreiras, nem na classe das águas.

2. ÁGUAS. Ou as águas são consideradas minas, ou são águas produtoras de energia elétrica, ou águas públicas ou particulares que não entram nas duas classes referidas.

São águas de uso comum as dos lagos, ou de outros cursos de águas naturais, desde que em algum trecho sejam flutuáveis ou navegáveis.

O estabelecimento de linhas de transmissão ou redes de distribuição de energia tem de ser precedido de permissão (autorização) ou concessão federal (Decreto n. 852, de 11 de novembro de 1988, art. 5.0).

As quedas de água e outras fontes de energia hidráulica, após o registro, são bens imóveis, distintos das terras em que se situam. A propriedade do solo não abrange, portanto, a água, o álveo do curso no trecho em que se acha a queda de água, *e o que for reputado necessário* ã *exploração.* O art. 145 do Decreto n. 24.648, de 10 de julho de 1934, não inclui o que pusemos em letra grifa. Mas ou se estabelece a servidão (Tomo XVIII, §§ 2.211 e 2.212), ou a aquisição das terras que se unam à queda de água, como a .bem distinto das outras terras, ou se acautelou interesse geral (Decreto n. 24.643, art. 143), ou houve a desapropriação prevista no art. 151, b), do Decreto n.

24.643, ou o dono das terras concebeu o novo bem com extensão territorial a mais do necessário.

§ 2.479. Hipotecas de minas

1.DIREITOS REAIS LIMITADOS. Regulada a permissão de lavra (dita autorização de lavra), pode ser alienado o domínio, que então se irradia, e pode ser gravado.

Não há enfiteuse de minas, porque a mina há de ser explorada, ou preclui o direito dominical. O art. 680 do Código Civil exige ao objeto da enfiteuse ser terra não cultivada ou terreno que se destine à edificação (Tomo XVIII, §§ 2.154, 7, 2.156, 5, 2.162, 2).

Há usufruto, uso, hipoteca e anticrese de minas (Tomo XIX, § 2.360,

3).

Se a escritura de hipoteca do prédio não inclui o subsolo e as jazidas, não se pode dizer que o direita à pesquisa e alvara, se toca ao proprietário, não ficou compreendido, pois esse direito é ligado à propriedade do prédio. Se já houve permissão (autorização) de lavra, com a inscrição subseqüente, então não há pensar-se em abranger a hipoteca as minas, já bens distintos. A 5~a Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 18 de abril de 1938 *(1?. F.,* 75, 117), foi de imprecisão lamentável, por deixar de atender a que o subsolo, antes da inscrição da autorização de lavra, é parte integrante.

2. DOMÍNIO. Advirta-se em que não há lugar no direito brasileiro para a discussão em torno de ser ou não ser domínio o direito do titular da permissão registrada de lavra. Certamente, ainda sobre a área marcada o direito do proprietário da mina é tal que, enusta a mina, ou extinta a propriedade, cessa a limitação que se fizera ao conteúdo do direito de propriedade das terras ao redor ou limítrofes, de que foi tirada a área. Porém isso não o faz direita real limitado, *e.* g., direito de uso com natureza real (ou semidominical), como pareceu a tantos (por exemplo, depois de O. F. VON GERBER e O. STOBBE

-E. MOLLER-EEZBACH, *Das .Bergrecht,* 1, 120, G. MEYER, *Lehrbuek des deutschen Verwaltungsrechts,* 1, 2.~ ed., 365, e M. HAURIOU, *Précis de Droit administratil et de Droit pubue,* 8.‟ ed., 842 s.), ou como propriedade, sem diferença das outras

(A. AItNDT, *Zur Gesckichte und Theorie des Bergregazs und der Bergbaufreiheit,* 2.‟ ed., 280). A Constituição de 1946 foi clara (art. 152, *verbis* “propriedade distinta”).

O que caracteriza o direito de propriedade sobre mina é que, ao invés de ser a terra o elemento-cerne do domínio, de modo que os produtos e as construções se fundem nele, a terra (área da lavra) passa a ser elemento que se funde ao produto e Esse se faz elemento-cerne. Essa inversão é que dá. o traço distintivo à propriedade das minas, diferente da propriedade dos terrenos. Quem é dono do edifício, ou do apartamento, em edifício de apartamentos, só o ~porque o é de terreno a que acedeu o edifício ou o apartamento. Ao passo que o dono da mina o é da área, porque o é da mina.

3.MINAS BENS PÚBLICOS. Se as minas silo bem do povo, ou bem do Estado, ou bem dominical do Estado, depende da lei que o determine.

Se o Estado adquire mina de propriedade particular sem fazê-la bem do Estado de uso público ou especial, o Estado é titular do direito de propriedade, regido pelas leis de direito comum, apenas sujeita à regra jurídica do art. 67 do Código Civil e outras semelhantes. Para a estabilização ou monopolização de qualquer mina, tem o Estado ou i) de desapropriar o bem, ou o direito à lavra, se ainda não foi registrado e já surgiu, ou a área que serve às pesquisas, se ainda não foi aprovado o relatório, ou l O fazer a lei especial de que cogita o art. 146 da Constituição de 1946: "A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o Interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição".

Se as terras são dominicais (Código Civil, art. 66, III), os atos administrativos de permissão ou autorização de pesquisa e de permissão ou autorização de lavras regidos pelo direito comum. Se são bens do povo, ou de uso público ou especial, é preciso que a lei dê poderes para a *configuração* de pesquisa e de lavra, ou as c *oncessões,* separadas no tempo, de pesquisa e de lavra.

No sistema jurídico brasileiro, para se saber se a mina, quando bem público, é do povo, de uso comum ou de uso especial do Estado, ou dominical do Estado, não há resposta *a priori.* Sendo as minas, de regra, sujeitas ao direito comum, por serem de particulares as terras em que se situam, a dúvida não tem a importância que assume nos sistemas jurídicos em que se fez bem público a mina.

4. MINAS E GARANTIA REAL. O direito de pesquisa, oriundo da permissão ou autorização de pesquisar, é cessivel, desde que o cessionário satisfaça as exigências da lei às pessoas que vão ser titulares de direito dominical sobre minas. Mas esse direito é pessoal e não poderia ser objeto de hipoteca, nem de anticrese. Pode ser objeto de usufruto, de uso e de penhor (caução). t penhorável. Tão-pouco é hipotecável o direito que emana da permissão ou autorização de lavra antes de se proceder ao registro.

Após o registro (Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 31), a mina, bem imóvel distinto, é hipotecável ou anticretizável, entendendo-se que a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel (Código Civil, art. 811), porém não as pertenças (Código Civil, art. 810, II), que precisariam ser hipotecadas conjuntamente. É esse um dos pontos em que maior atenção se exige.

À medida que se explora a mina, ela diminui. O que se tira é produto, que não se reproduz. A garantia, que oferece, vai-se exaurindo. O que fica à mina exausta é a área, que volve à propriedade particular do solo, a maquinaria e as instalações para as quais tem o proprietário da mina extinta *ius toilendi.*

Passa-se o mesmo se o hipotecante é o Estado, que tem o direito sobre a mina: a área volve ao bem público de que foi tirada, ou se faz bem público imóvel comum, se houve desapropriação <Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.‟ parte), ou estatalização ou monopolização (Constituição de 1946, art. 146), não se havendo previsto volta ao desapropriado.

A hipoteca do prédio antes do registro de permissão ou autorização da lavra abrange todas as suas partes integrantes, incluída a jazida, porque a propriedade se estende *in profundum,* mas a própria parte integrante (jazida) está exposta às vicissitudes da legislação (Constituição e leis ordinárias).

A hipoteca da mina não é hipoteca somente da mina, como *re8,* bem distinto daquele a que se subtraiu, e após as vicissitudes da permissão de pesquisa e da permissão de lavra, a que se seguiu o registro.

O direito comum o Código Civil e o Código de Processo CiviL art. 298, VI rege as hipotecas de minas. As regras jurídicas são as mesmas, sendo de notar-se, *de lege lata,* a incidência do art. 810, II, do Código Civil, posto que, *de lege prenda,* por se tratar de empresa, melhor possa parecer a solução dos outros sistemas jurídicos.

A hipoteca da mina é de todo o bem, de jeito que se inclui a área no que é necessária à exploração, segundo as marcações feitas. O problema nada tem com as soluções do direito inglês e dos Estados Unidos da América, onde a propriedade é a mesma do solo, salvo regalia real, nem como as soluções que reduzem a propriedade da mina a algo de uso dominicalizado (= concebido como domínio). Sirva de exemplo a que deu certa comissão toscana, ao admitir que se alienassem o solo e o subsolo menos a mina como exploração (Bo e TAPPARI, *La Legislaziofle*

-inineraria deWltalia, 487; POGGI e MARzUCCHI, *Discorso storico cd economico sulta Legislazione mineraria,* 115).

A mina é unidade econômica. Enquanto ela existe, existe com a área que lhe foi atribuída como parte integrante.

A hipoteca sobre mina não é hipoteca da permissão (autorização) ou

da concessão de lavra, mas do bem imóvel, que é a mina. Quer a tenha constituído particular quer a tenha constituído o Estado, há as mesmas ações que tocariam ao titular de qualquer direito de hipoteca de terreno, construído, ou não.

§ 2.480. Extinção da hipoteca de minas

1.EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE DA MINA. a) A propriedade da mina extingue-se pelo esgotamento do produto, inclusive se provém de perecimento do próprio solo *(e. g.,* desaparição de ilha, desmoronamento do mero, invadidos pelo mar). Para que isso aconteça, é preciso que tecnicamente se dê a *exaustão,* ou, pelo menos, a *inaproveitabilidade económica* do restante.

b) Outra causa de extinção da propriedade das minas é a *caducidade* da permissão de lavra, que aqui opera como ato desconstitutivo, que se há de levar o registro para o respectivo cancelamento. Lê-se no art. 37 do Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940: "Se o concessionário" (leia-se "permissário" ou "autorizado") "não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbam, a autorização de lavra será por decreto declarada caduca, salvo motivo de força maior, a juízo do Governo". O primeiro problema que surge é o da natureza dessa decisão administrativa: ~ é declarativa, ou constitutiva negativa? A despeito da expressão "declarada", a decisão administrativa é constitutiva negativa, com eficácia imediata fundamental. A autoridade administrativa, que a profere, manda logo que se cancele o registro. A decisão é sujeita a apreciação judicial, se o interessado propõe ação adequada (cf. Constituição de 1946, art. 141, § 4□O). No processo administrativo, tem o titular da. permissão de lavra o prazo de sessenta dias para defesa (Decreto-lei n. 1.985, art. 37, parágrafo único). A eficácia é *ex nune.*

c) A *renúncia* à propriedade da mina não atinge a hipoteca, porque o renunciante perde a propriedade e o bem se torna *res nuilius,* sem que se lhe possa adquirir a propriedade, salvo em virtude de usucapião. A renúncia não traz prejuízo aos titulares de direitos reais limitados, inclusive ao titular do direito de hipoteca.

d)O *abandono* não tem relevância quanto à hipoteca porque importaria em causa de *caducidade* da permissão de lavra.

e)A regra é ser sem determinações mexas a permissão. Todavia, se podia ocorrer, na espécie, tal inserção, e ocorreu, a propriedade da mina extingue-se ao advento do *termo* ou implemento da *condição.* A

hipoteca cessa, porque fica sem objeto. Todavia, o que é pertença e foi hipotecado com a mina, continua gravado, por se tratar de *hipoteca conjunta* ou *anexa.* Sobre o que é despregável e pode o permissário exercer *jus toliendi,* a hipoteca continua, sendo de requerer-se, então, a remoção, com o conseqüente depósito cautelar ou executivo.

2.DESCON5TITUIÇÃO ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL. Se há decretação administrativa de invalidade da permissão de lavra (que nunca é incólume à apreciação judicial, por força do art. 141, § 49, da Constituição de 1946), ou se a decretação é judicial, os efeitos são *ex tunc* (cf. Decreto-lei n. 1.985, art. 88: "A nulidade das autorizações de lavra feita com infração do disposto neste Código poderá ser declarada, mediante processo administrativo, por decreto do Presidente da República, observados o prazo e formalidades do art. 26, ou por sentença judicial, em ação sumiria, proposta por qualquer interessa do, no prazo de um ano").

§ 2.481. Hipoteca de pedreiras

1.DIREITo DAS PEDREIRAS. O interesse do Estado contemporâneo, no tocante às pedreiras, não é do mesmo grau que o seu interesse a respeito de minas, nem de força hidráulica. O direito administrativo quase se limita às licenças municipais, que não têm influência na constituição do direito sobre pedreiras. Pode acontecer que surjam, *in casu,* regras jurídicas concernentes ao plano da cidade, a exigências urbanisticas e de higiene. Nada disso, porém, basta a ter-se de retificar o direito comum relativo às pedreiras.

Não há regime, para as pedreiras, que se assemelhe ao que resulta de terem os interessados na exploração de minas de obter permissão de pesquisa e, depois, permissão de lavra.

O dono do solo em que está situada a pedreira, superficial ou profundamente, tem poder para separá-la do resto do prédio e registra-la, salvo se há regra jurídica que obste à divisão do bem, por exigência de área mínima, ou que proíba a exploração, pelo local, ou por outra causa, que em direito se possa admitir por sugestão de necessidade pública ou de utilidade pública.

A pedreira há de ser determinada no espaço, por seu volume, não bastando que se diga ser de z metros de largura, 1

z metros de comprimento e x metros de profundidade, nas terras *t.* O registro tem de mencionar de onde começa e 1

onde acaba a área em que se há de explorar. O volume e as dimensões podem ser aproximados, devido a se ignorar a extensão da mina.

2. PEDREIRA, BEM IMÓVEL. aA pedreira, suscetível de hipoteca, é parte divisa, real, de outro bem, ou é, só por si, bem imóvel? A hipotecabilidade da *yars divisa* pode-se, *de lego ferenda,* admitir. Todavia, lendo-se o art.

810, VI, do Código Civil, tem-se de repelir a hipoteca da parte divisa.

Não importa qual a qualidade da pedra, desde que tenha aplicação industrial, ainda que não seja para construção.

O que se exige é que possa ser espacialmente determinada.

Determinada a pedreira, pode ser requerido o registro pelo dono das terras. O oficial do registro de imóveis apenas pode opor que há lei proibitiva de divisão das terras em porção tão pequena, ou contrária à exploração da pedreira, por sua situação ou pela natureza do produto.

O dono das terras m que há a pedreira pode explorá-la como *par8 divisa,* porém não pode hipotecá-la sem proceder a divisão do fundo e ao registro da pedreira como bem distinto. No art. 810, VI, fala-se de hipoteca de pedreiras, “independentemente do solo onde se acham”. Supõe-se a existência do bem distinto, para que o direito real limitado se possa constituir.

A independentização da pedreira pode ser sem qualquer trato de terra que não seja a do produto mesmo, de modo que, esgotada a matéria explorável, nenhum resíduo fique. Pode ser com trecho de terra que o adquirente ou o próprio dono da terra entenda ser ligado A pedreira. Aqui, convém salientar-se que ou o dono das terras independentiza parte do fundo, ficando a pedreira no bem nOvo, como prédio, ou independentiza a pedreira, como pedreira (bem nOvo), tendo a mais terras que lhe são parte integrante não-essencial. Passa-se o mesmo conforme haja aquisição da parte do fundo ou aquisição da pedreira. Em qualquer caso, há *divisão* do bem imóvel.

Se a pedreira foi independentizada, com terreno que satisfaz as exigências de mínimo de extensão, sem se tratar de exploração

superficial, tem-se de entender que não mais se dá a acessão ao fundo de que se separou. *Na dúvida,* essa é a solução a assentar-se. Então > a hipoteca pode ser executada nos resíduos.

3.REGRAS JURIDICAS BÔBRE HIPOTECA DAS PEDREIRAS. 4 hipóteca da pedreira apanha acessões, melhoramentos e construções do terreno que se compreenda no volume da pedreira (Código Civil, art. 811). As pertenças só se compreendem no objeto da hipoteca se houve menção expressa (hipoteca conjunta segundo o Código Civil, art. 810, II). Pode ser constituída hipoteca posterior (art. 812). Os arts. 813-818, 821, 822, 824, 826, 831-888, 846-851 são invocáveis.

Pode-se fazer *hipoteca cumulativa* do terreno de que se separa a mina e da mina, ou dela e de outro terreno (§

2.528).

Não importa qual o outro bem que se hipoteca, cumulativamente, com a pedreira. Pode ser outra mina, navio, aeroplano, ou terreno. Podem ser dois ou mais os bens hipotecados cumulativamente com a pedreira. Não importa, tão-pouco, se o dono dos bens hipotecados é uma só pessoa, ou se há dois ou mais donos. No sistema jurídico brasileiro, é de mister que o devedor seja uma só pessoa, ou seja solidária a dívida (solidariedade passiva).

Na prática, há conveniência em que se hipotequem, conjuntivamente, a pedreira e o terreno que vai ficar livre com a exploração total. Extinta a pedreira, a hipoteca cumulativa transforma-se em hipoteca simples. Com isso, permite-se, econOmicamente, que se faça mais largo o prazo da hipoteca, e não há o risco de se esgotar a pedreira antes de se vencer, normalmente, a hipoteca.

Como à hipoteca das minas, à hipoteca das pedreiras não importa se a propriedade das pedreiras foi transferida ou se acabou *(res nuilius).* O direito real, por ser a sujeito passivo total, persiste sem que nele repercuta a mudança da titularidade, ou a própria extinção da titularidade. Pode dar-se que continue, incólume, tendo-se tornado *res communis o-m-nium a* mina ou a pedreira, posto que tal situação seja de difícil aparição.

A extinção da hipoteca sobre pedreiras ou de minas dá-se nas mesmas circunstâncias em que ocorreria a extinção de qualquer outra hipoteca.

A hipoteca das pedreiras supõe que se haja independentizado a pedreira. Se lei de direito público, feita com respeito aos princípios constitucionais, torna ilegal a independentização, não pode haver, na espécie, pedreira independente e, pois, não há falar-se em hipoteca da pedreira.

CAPITULO IX

HIPOTECA DE NAVIOS

§ 2.482. Hipoteca mobiliária

1.HIPOTECA DE NAVIOS E HIPOTECA DE AVIÕES. A hipoteca de navios, dita hipoteca naval, menos acertadamente hipoteca marítima, é à semelhança da hipoteca de imóveis, a despeito de ser bem móvel o seu objeto.

Há hipoteca legal de navio? Há a hipoteca voluntária, a penal e nada obsta à judicial e à judiciária (cp. ADRIANO

FIORENnNO, *Studi sitUe garanzie reali navali e aeronautiche,* 56). A razão para se não ter pensado em hipoteca legal de navios ou de aeronaves está em que no art. 827 do Código Civil e noutras regras legais só se fala de hipoteca legal sobre imóveis. Quanto à hipoteca legal, o Código de Processo Penal, nos arte. 184-186, somente alude à hipoteca penal dos imóveis, porém no art. 137 foi explícito: “Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis>“. A própria lei penal serve de elemento para a interpretação do Código Civil:

no art. 137, o Código de Processo Penal supõe a hipoteca legal dos móveis, para por ela reger-se a hipoteca penal de móveis.

O navio presta-se a ser objeto de hipoteca porque nenhum direito de posse se dá ao - titular do direito real de garantia.

Pode garantir títulos ao portador e à ordem. Por se tratar de propriedade que se há de registrar, fácil é a remissão ao direito sobre hipotecas, no tocante às exigências registrarias.

O mesmo raciocínio há de ser feito a respeito das aeronaves.

Quanto aos automóveis e outros veículos por terra não se justificaria a figura da hipoteca, por não se parecerem tanto com a *casa,* não serem as casas flutuantes no mar ou no ar, como o navio e a aeronave.

No direito alemão, há o defeito, grave, de não se proteger o outorgado da constituição do direito real de garantia, que confiou no registro, se o que se disse proprietário e constava do registro não no era (opinião corrente; todavia, E. BOYENS, *Das Seerecht,* 1, 112, e II, 87, que aplica o § 1.207 do Código Civil alemão, e, se houve posse, WI)snNx$3RnIt, Das Seeschiffsregistrer, *Zeitsehri/t fiLr das ge8amten Handelsreoht,* 81, 1). Ao contrário, o direito brasileiro tem o registro do navio como registro de pavilhão e registro fundiário, com os livros de registro do navio e de inscrição da hipoteca. Coerentemente e à diferença do direito alemão, o Código Civil brasileiro submeteu ao regime da hipoteca o direito real de garantia sobre o navio e a Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 100, explicitou que "o registro dos outros ônus sobre embarcações far-se-á, tanto quanto possível, na forma estabelecida para a inscrição da hipoteca naval". Também no tocante à cancelação tem eficácia a favor de todos, pelo principio de fé pública do registro.

Já vimos (Tomo XV, § 1.657, 4 e 5) que, apesar de se tratar de bens móveis, a propriedade dos navio s e das aeronaves só se transfere segundo registro, o que os põe em situação semelhante à dos títulos registáveis cuja transmissão depende de registro e à dos bens imóveis. Os princípios sobre fé pública e publicidade são os mesmos; os atos registrarios correspondem àqueles concernentes à transmissão do domínio imobiliário e à constituição de direitos reais limitados sobre imóveis, se tais direitos são permitidos, pela lei, sobre navios e aeronaves.

2. LEGIsLação. A hipoteca de navios foi regulada pelo Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922. Lê-se no Decreto n. 15.788, art. 1.0: "A hipoteca marítima, que constitui direito real de garantia, é regida pela lei civil brasileira e está sujeita também à jurisdição civil, ainda que a dívida garantida seja comercial e comerciantes as partes contratantes". Trata-se de decreto regulamentador do art. 825 do Código Civil, que criou a hipoteca de navios.

Antes do registro da propriedade, os navios podem ser objeto de penhor, regendo-se pelo Código Civil, arte. 768-775, 796-804, o direito real de garantia. A hipoteca de navios, dita hipoteca naval,

menos acertadamente hipoteca marítima, só se pode constituir após o registro naval. O que não é registável no Brasil ou não fo i registrado não pode ser hipotecado com inscrição no Brasil. A hipoteca de navios em construção foi admitida na legislação brasileira e explícito foi o Código Civil, art. 825, alínea 1.8. Dez anos depois <1926) acolheu a mesma solução o direito alemão (Lei alemã de 4 de julho de 1926).

A falta de prévio registro do navio não pode ser suprida com eficácia ex *tuno;* se antes se fizera inscrever hipoteca não vale a inscrição porque o navio não é ainda hipotecável.

Diz o art. 825 do Código Civil: "São suscetíveis do contrato de hipoteca os navios, posto que ainda em construção. As hipotecas de navios reger-se-ão pelo disposto neste Código e nos regulamentos especiais, que sobre o assunto se expedirem".

No art. 810, VII, o Código Civil enumerou a hipoteca de navios; e no art. 825, 1.8 e 2.8 alíneas, estabeleceu: "São suscetíveis de contrato de hipoteca os navios, posto que ainda em construção. As hipotecas de navios reger-se-ão pelo disposto neste Código e nos regulamentos especiais, que sobre o assunto se expedirem". No direita anterior, os navios não eram, na opinião corrente, objeto de hipoteca, nem dela cogitavam os Projetos do Código Civil.

Sugeriu-o o Tribunal de Justiça do Maranhão <*Trabalhos da Câmara dos Deputados,* II, 32-35). Mas em verdade a hipoteca marítima subsistia, no sistema jurídico. A nota de TEIXEIRA DE FREITAS *(Consolidação das Leis Civis,* nota 4 da 3□8 ed. ao art. 1.269) era penetrante: "Navios não são objetos de hipoteca e registro de que trata a lei hipotecária; mas todavia subsistem, como declara o art. 112 do Reg. n. 3.453, de 26 de abril de 1865, posto que sem o nome de hipoteca, as *obriga ações reais,* que sobre os mesmos navios estabeleceu o Código do Comércio, as quais *obrigações reais* devem ser registradas nesse Tribunal em livro destinado pelo art. 58, § 1.0, do Decreto nº. 738, de 25 de novembro de 1850". No Código Comercial, art. 468, dizia-se, claramente: "As alienações ou hipotecas de embarcações brasileiras destinadas à navegação do alto mar só podem fazer-se por escritura pública, na qual se deverá inserir o teor do seu registro, com todas as anotações que nele houver (arta.

472 e 474); pena de nulidade. Todos os aprestos, aparelhos e mais pertences, existentes a bordo de qualquer navio ao tempo da sua venda, deverão entender-se compreendidos nesta, ainda que deles se não faça expressa menção; salvo havendo no contrato convenção em contrário". Não se diga que o Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de

1890, art. 2.0, pr., apoiou a interpretação contrária à subsistência da hipoteca de navios; lá só se diz: "A hipoteca é regulada somente pela lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam comerciantes. Ficam derrogadas as disposiç6es do Código Comercial, *relativas a hipoteca de bens de raiz".* Pusemos em letra grifa o que nos serve de melhor argumento.

§ 2483. Objeto da hipoteca de navios

1.NAVIOS PRONTOS E NAVIOS EM CONSTRUÇÂO. Estabelece o Decreto n. 15.788, art. 2.0: "Podem ser objeto de contrato de hipoteca os navios, posto que ainda em construção. A escritura pública é da substância do contrato". O navio, ainda em construção, é hipotecável desde a data do registro dos navios em construção, se de vinte toneladas brutas ou mais, conforme se exporá. O registro dos navios prontos e em construção faz-se na repartição que a lei em vigor determinar (cf. Decreto n. 5.798, de 11 de junho de 1940, art. 217). A inscrição da hipoteca era, segundo o art. 21 do Decreto n. 15.188, averbada no livro de registro naval existente nas Capitanias dos Portos. Houve a alteração resultante da Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 92. O art. 2.0 do Decreto n. 15.788 apenas reproduziu o Código Civil, arts. 825, 1a alínea, e generalizou a exigência da escritura pública do acordo de constituição.

2.EMBARCAÇÕES E TONELAGEM. As embarcaçÕes de menos de vinte toneladas brutas só se podem hipotecar depois de construídas. Todavia, vale e é eficaz o negócio jurídico básico de embarcação a ser construída ou em construção, bem como o acordo de constituição de hipoteca da embarcação em construção, ainda que de menos de vinte toneladas brutas. Lê-se, hoje, na Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 93: "As embarcações de mais de vinte toneladas brutas poderão ser hipotecadas na própria fase de construção". Por argumento *a contrario seneu,* não são hipotecáveis as de menos de vinte toneladas brutas.

(Note-se, na Lei n. 2.180, que se contrapõe embarcação de menos de vinte toneladas brutas a embarcação de mais de vinte toneladas brutas, ficando de fora, sem referência no texto, as de vinte toneladas brutas, exatamente.

Resolve-se a dúvida de interpretação lendo-se onde se diz "mais de vinte toneladas brutas" como se lá estivesse escrito "de vinte toneladas brutas ou mais".)

8.PARTES INTEGRANTES E PERTENÇAS. Lê-se no art. 10, parágrafo único do Decreto n. 15.788:

"Constituem parte integrante do navio os seus acessórios botes, lanchas, escaleres, aparelhos, aprestos, instrumentos náuticos, máquinas, se o navio for movido a vapor, fretes, provisÕes, armas e tudo quanto possa ser necessário e útil à sua propulsão e ao transporte de passageiros e cargas, bem como quaisquer melhoramentos no mesmo introduzidos depois da hipoteca".

No direito brasileiro, a hipoteca não se estende às pertenças. Para essas há a hipoteca conjunta do art. 810, II, do Código Civil, pois a hipoteca simples somente abrange as partes integrantes, anteriores ou posteriores (art. 811).

As pertenças que não são de propriedade do dono do navio, ou que não se tornaram propriedade dele, após a hipoteca, não são atingidas pela hipoteca conjunta. Noutros sistemas jurídicos, a regra jurídica é diferente, como se dá no direito civil alemão (§ 1.265).

A pertinencialidade depende da concepção do tráfico (Tomo II, § 144, 5 e 6).

A propósito do navio tem-se de distinguir o que é indispensável ao navio, como *parte* dele, segundo as leis e a concepção do tráfico, do que é compreendido na sua função de navegação, saída e chegada, carga e descarga, sem ser pelas leis ou pela concepção do tráfico, tido como *pan navis.*

A distinção entre partes integrantes essenciais ou inessenciais e pertenças nem sempre é fácil.

Na L. 44, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2, ALFENO disse que se não considera parte da nave o esquife, nem tem esse algo de comum com ela, porque o esquife, por si só, é navezinha, mas todas as coisas que estio conjuntas à nave, como o timão, o mastro, as antenas, a vela, são quase membros da nave: "Scapham non videri navis esse respondit neo quicquam coniunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem, quae coniuncta navi essent <veluti gubernacula malus antemnae velum), quasi membra navi esse LABEXO (L. 29, D., *de instrtccto vel instrumento legato,* 88, 7) enunciou que, comprando-se a nave com os instrumentos, se compra o esquife. Mas diz-nos que PAULO foi contra, porque o esquife da nave não é aparelho da nave; distingue-se dela por sua pequenez, não pelo gênero, e é necessário que o instrumento de qualquer coisa seja de

outro gênero, o que pareceu certo a POMPÓNÃO (etenim scapha navis non est instrumentum navis: etenim mediocritate, non genere ab ea differt, instrumentum autem cuiusque rei necesse est alterius generis esse atque ea quaequae sit: quod Pomponão libro septimo epistularum placuit).

A dúvida romana perdurou. O art. 10, parágrafo único, do Decreto n. 15.788 foi atitude assumida pelo legislador brasileiro, que deve ser respeitada, tanta mais quanto apenas aponta critério para a distinção entre partes integrantes e pertenças. Atitude já revelada no Código Comercial, art. 468: "Todos os aprestos, aparelhos e mais pertenças existentes a bordo de qualquer navio, ao tempo de sua venda deverão entender-se compreendidos nesta, ainda que deles se não faça expressa menção; salvo havendo no contrato convenção em contrário".

Tanto ao Decreto n. 15.788 quanto ao Código Comercial falta rigor de terminologia. O falar-se em "acessório", ali, e, aqui, em "pertenças", mostra que se baralham, por inciência, os conceitos de "pertença" e "parte integrante".

Quanto aos fretes, são eles frutos civis do navio. A respeito há os arts. 494 e 759 do Código Comercial.

4. SEGURO E SUB-ROGação. Lê-se no Decreto n. 15.788, art. 17: "O credor hipotecário como sub-rogatário do segurado, tem direito à indenização do seguro marítimo de que o navio é objeto, sem dependência de cláusula contratual a respeito. A inscrição da hipoteca é bastante para impedir o pagamento do seguro ao devedor hipotecário. A sub-rogação operar-se-á, independente de interpelação judicial". É aplicação do direito comum. Se o bem está seguro, a pretensão ao pagamento nasce~ desde que se deu o sinistro. A hipoteca extingue-se, mas está paga a dívida até onde a cubra o seguro. O art. 17 xliz ser automática a atribuição do quanto ao titular do -dono de hipoteca. A importância pode ser maior. O titular do direito de hipoteca não poderia receber toda a importância do seguro. A *divisão* ou se faz amigavelmente, ou por simples pedido ao juiz, com os documentos, e a notificação do dono do navio, para que receba o que resta. O que o Decreto n. 15.788 dispensa é a interpelação, para que fique em mora o proprietário do navio. O titular do direito de hipoteca não pode, sozinho, exigi da empresa de seguros o pagamento.

5.PENHORA E SUB-ROGação. Se havia dinheiro destinado ao pagamento de navio em construção já registrado, ou ao pagamento da

aquisição, a penhora dessa importância por outros credores deve ser feita provisoriamente sobre o dinheiro e, após a aquisição, recai sobre o navio construído ou adquirido. A prestação do dinheiro tem a eficácia do acordo de constituição, determinando o juiz a inscrição simultânea à entrega.

Estabelece o parágrafo único do art. 17 do Decreto nº.15.788: "O credor hipotecário poderá assumir a responsabilidade do pagamento das prestaçÕes ou anuidades do seguro". Trata-se de pacto adjeto ou de cláusula inserta no acordo de constituição.

§ 2.484. Negócio jurídico básico, acordo de constituição e consentimento para inscrição e averbação 1. TRÊS CONCEITOS. Na hipoteca de navios como em todas as hipotecas voluntárias, aliás em todos os direitos reais limitados, há o *negócio jurídico básico,* estranho à hipoteca, pois o crédito que ela garante pode provir de ato ilícito e não existir, portanto, negócio jurídico, o *acordo de constituição,* que é abstrato, e o *consentimento para inscrição* (Tomos XVIII, §§ 2.140, 2.151, 2.156, 2, 2.204, 7, 11, 2.220, 2.222, e XIX, §§ 2.261, 2.272, 3, 2.311, 4, 2.818, 2.319, 2.321, 1, 2.378, 2.886, 2, 3, 2.397, 2.402).

O outorgado pelo acordo de constituição de direito real de hipoteca supõe-se com poder para requerer, sem ato do constituinte, a inscrição e a averbação. Diz o art. 97 da Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954:

"Cabe ao interessado, credor ou devedor, requerer a inscrição, oferecendo o traslado da escritura pública Pode ser feita a hipoteca de navio dizendo-se qual a quantia mais alta pela qual se dá em garantia o direito real. Se há juros, esses constam do registro da hipoteca, mas há razão para se entender que estão incluídos no montante máximo, porque a menção em duas declaraçÕes não importa em que se possa pensar em máximo sem se contarem os juros.

Discute-se, para se constituir hipoteca sobre navios e a mesma questão há de ser levantada quanto à hipoteca de aeronaves se é preciso que haja assentimento do outro cônjuge. A resposta da □

5 a Câmara Cível do Tribunal de

Apelação do Distrito Federal, a 18 de outubro de 1940 *(R. F.,* 84, 657; *R. de .7. E.,* 50, 187), não satisfaz; afirmou, a *priori,* a incidência. do art. 235, 1, do Código Civil, como se navio fora bem imóvel. Se o bem é comum, trate-se de bem imóvel, ou de navio, ou aeronave hipotecável, ambos os cônjuges têm de consentir. Não se pode pensar em simples assentimento. Se o navio, ou aeronave, é de um só dos

cônjuges, o outro não precisa assentir, porque navio e aeronave são bens móveis e os arts. 235, 1, e 242, II, do Código Civil somente se referem à gravação de bens imóveis. Têm ambos a disponibilidade dos bens móveis e, portanto, o poder de gravame.

Os automóveis não são, no direito brasileiro, hipotecáveis. São empenháveis.

Para os automóveis não há os argumentos que se arrolaram, *de jure condenado,* para a hipotecabilidade dos navios e das aeronaves, de preços ordinariamente mais altos e, o que é assaz relevante, mais separados, materialmente, dos outros bens. As duas espécies de móveis hipotecáveis são as que mais se assemelham à casa.

O automóvel, ainda quando se preste ao transporte diurno e noturno, com refeição e dormida, não deixa de ser o carro de transporte.

2.CAPACIDADE PARA HIPOTECAR. Lê-se no Decreto n.15.7S8, art. 13: "Podem constituir hipoteca marítima as pessoas naturais ou jurídicas que, segundo a lei civil, têm capacidade para alienar. Podem também constituir hipoteca as mulheres casadas, nos casos determinados em lei e na forma por ela prescrita".

Estabelece o ad. 14 do Decreto n. 15.788: "A hipoteca de navio brasileiro só poderá ser constituída pelo seu proprietário pessoalmente, ou representado por procurador com poderes especiais para o ato".

3.COMUNHÃO E HIPOTECA DE NAVIO. Diz-se no ad. 10 do Decreto n. 15.788: "A hipoteca é indivisível e grava o navio em todas as suas partes". E o ad. 16: "O navio pertencente a dois ou mais proprietários só poderá ser hipotecado com o consentimento expresso de todos os condôminos e deve ser considerado indivisível". L

Podia o *regulamento* (o Decreto n. 15.788 foi apenas regulamento prevista pelo Código Civil, art. 825) reeditar, em tom categórico, o princípio da indivisibilidade e afastar a hipotecabilidade das partes indivisas dos navios pelos condôminos? No sistema jurídico brasileiro, o ad. 628, III, 2.‟ parte, do Código Civil põe, em toda explicitude, o princípio da *gravabilidade do bem em condomínio.* "Na propriedade em comum, compropriedade ou condomínio", diz o ad. 623, "cada condômino ou consorte pode: III. Alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la (ad. 1.133)". O ad. 16 do Decreto n. 15.788 fugiu aos

princípios do Código Civil, sem razão para a discordância.

O condômino do navio pode hipotecar a parte indivisa. Quanto à indivisibilidade, veja-se o que se disse no §

2.466.

O proprietário exclusivo não pode gravar parte indivisa do navio (cedo, REICHHEIM, Pfandrecht an Bruchteil eines im Alíeineigentum stehenden Schiffes, *Deutsche Juristert-Zeitung,* 12 1.370 s.; cp. M. MIrrELSTEIN, *Deutaches Schillsptartdrecht und Sch.iffsglltubigersrecht,* 251).

Aliás, a interpretação acertada do ad. 16 é a que o pÕe dentro do sistema jurídico, sem ferir a logicidade desse. A hipoteca recai sobre o valor do navio: se é de todo ele (= se restringe o domínio exclusivo), apanha-o todo; se é de parte indivisa, é a essa, no tocante ao valor, que se refere. Assim, "o navio pertencente a dois ou mais proprietários só poderá ser hipotecado com o consentimento de todos os condôminos", porém cada um pode gravar a sua parte indivisa.

§ 2.485. Pluralidade de hipotecas

1. HIPOTECA POSTERIOR. Estatula o Decreto n~ 15.788, ad. 15: "o proprietário do navio hipotecado pode constituir sobre este, mediante novo titulo, seguir a hipoteca, em lavar do mesmo ou de outro credor". É o que resulta do principio geral a todas as hipotecas (Código Civil, art. 812).

2.VENCIMENTO E EEMIÇÁO. Os arts. 813 e 814 do Código Civil são invocáveis.

§ 2.486. Inscrição da hipoteca

1. ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. Os acordos de constituição de hipoteca, como todos os acordos de constituição de direitos reais e o acordo de transmissão do domínio ou de direito real limitado, vinculam; mas eficácia real só lhe advém do registro.

A eficácia real e não só a eficácia contra terceiros é que depende da inscrição. O registro de neg6cio jurídico básico ou do próprio acordo de constituição no registro de títulos e documentos, pode dar eficácia

erga omites, mas pessoal. A eficácia real é que depende da inscrição.

2.REQUISITOS DO ACORDO DE SUBSTITUIÇÃO. O primeiro requisito é de forma. Lê-se no ad. 94 da Lei xx. 2.180: "A escritura pública é da substância do contrato da hipoteca naval, podendo ser lavrada por qualquer tabelião de notas, na comarca onde não houver serventuário privativo de contratos marítimos". Primeiramente, observemos que o contrato em que se promete hipotecar é inconfundível com o acordo de constituição, de modo que é de toda a importância advertir-se era que "contrato de hipoteca naval", no art. 94 da Lei n. 2.180, é o *acordo de constituição* e não o pré-contrato ou negócio jurídico básico (Tomo XIII, §§ 1.435 e 1.474). Há mais.

Imposto que se fale da escritura pública, em geral, é de entender-Se que a exigência só se refere aos *acordos de constituição,* pois as hipotecas podem ser constituídas ou deixadas em testamento, ainda que não sei a testamento público.

No art. 95, estatui a Lei n. 2.180: "Para ser registrado o contrato de hipoteca naval" entenda-se o acordo de consti tuição de hipoteca "deverá conter: a) data; *b)* nome, domicílio e profissão dos contraentes o) total da divida garantida pela hipOteea4 *d)* juros convencionados; *e)* época, lugar e forma de pagamento; 1) nome da embarcação, com as suas especificações; *g)* declaração do seguro da embarcação quando construída". Acrescenta o art. 95, parágrafo único: "No caso da hipoteca de embarcação em construção, o contrato especificará a matéria e as características da embarcação bem como o nome do construtor. Terminada a construção, a embarcação ficará bipotecada em sua integridade".

3. INSCRIÇÃO. Estatui o Decreto n. 15.788, art. 21: "A hipoteca marítima será inscrita em livro especial, a cargo da repartição criada para esse fim e averbada no livro de registro naval existente nas Capitanias dos Portos do Brasil, nos termos do capítulo 5.o, título 10, do Decreto n. 11.505, de 4 de março de 1915". A parte final está derrogada.

Há a *inscrição* na repartição especial e a averbação no Registro naval.

Com a concepção do Decreto nº 15,788, a inscrição apenas fazia nascer a vincularidade *erga omites,* enquanto não se procedia à averbação. Mais rente ao Código Civil, a Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, foi explícita:

“Aplicação subsidiariamente, à inscrição d.a hipoteca e às averbações decorrentes as disposições da legislação sobre registros públicos”.

No ad. 96 da Lei n. 2.180 lê-se: “A hipoteca inscrita valerá contra terceiros, desde a data da inscrição, que se presUme válida até sentença judicial em contrário transitada em julgado”. No art go, parágrafo único, estabelece se “Enquanto não inscrita, a hipoteca somente subsiste entre os contratantes”. Pondo-se isso em linguagem técnica e sem confusões terminalógicas, temos: Com a inscrição do acordo de instituição da hipoteca, nasce o direito real; o acordo de instituição, por si só, vincula, porém não determina o nascimento do direito real de hipoteca.

Antes da inscrição, falar-se de hipoteca é falar-se de acordo de constituição de direito real de hipoteca. A elipse ressalta. Hipoteca (acordo de constituição de) hipoteca. fosse acordo de constituição vincula; mas, se alguém obtém do outorgante outro acordo de constituição, ainda posteriormente~ e consegue inscrevê-lo antes do acordo de constituição de que se trata, eficácia *real* só tem o outro, embora posterior em data. Por falta de linguagem técnica, há o baralhamento de conceitos que se nota no art. 96 e seu parágrafo único: “hipoteca”, em vez de acordo de constituição de hipoteca; “valerá contra terceiros”, em vez de “terá eficácia real”; “subsiste (a hipoteca) entre os contraentes”, pois só tem efeito entre os figurantes o acordo de constituição, ou não tem eficácia real.

A inscrição da hipoteca de embarcação nacional faz-se no Tribunal Marítimo, com a apresentação do título de propriedade, que o Tribunal Marítimo haja expedido. Salvo, tratando-se de embarcação nacional de menos de vinte toneladas, cuja propriedade se registra na capitania de portos. É o que resulta do art. 92 da Lei n. 2.180, de 5

de fevereiro de 1954: “Nenhum gravame hipotecado sobre embarcação nacional poderá ser instituído no país” deveria ter dito “constituído”, pois não se institui gravame “sem a apresentação do título de propriedade naval expedido pelo Tribunal Marítimo, exigência que também será feita por ocasião do registro da hipoteca no pais, se esta houver sido instituída no estrangeiro”. No parágrafo único, estabelece a Lei 2.180: “Fazem exceção as embarcações a que se refere o art. 80 quando valerá a inscrição da capitania de portos. Neste caso, o registro da embarcação far-se-á no Tribunal Marítimo, na oportunidade do registro da hipoteca”. O art. 80 é aquele em que se diz que, para as embarcações de menos de vinte toneladas brutas, o registro se faz na capitania de portos, que dela fornece cópia ao Tribunal Marítimo. A hipoteca, que há de ser inscrita no Tribunal

Marítimo, supõe, no mesmo ensejo, o registro no Tribunal Marítimo. Mas o registro daquela sem o da propriedade não é causa de invalidade da constituição do direito real limitado, porquanto o Tribunal Marítimo sabe de que embarcação se trata e deve ter recebido a cópia do registro da propriedade.

"O pedido de inscrição", diz o art. 98, § 1.0, da Lei n. 2.180, "será apresentado ao Tribunal Marítimo, podendo entretanto ser entregue à capitania de portos onde estiver inscrita a embarcação, e onde, depois de anotados o dia e hora da entrega, serão a petição e documentos encaminhados ao Tribunal". E o § 2.0: "Ouvida a Procuradoria e satisfeitas as exigências legais,

o pedido de inscrição será deferido, fazendo-se as necessárias averbações no Tribunal que o mandará anotar na capitania de portos onde a embarcação estiver inscrita".

Estabelecia o Decreto n. 15.788, art. 11: "No caso de hipoteca do navio em construção (art. 2.0), quer em estaleiros nacionais, quer em estaleiros estrangeiros, a escritura do contrato especificará, sob pena de nulidade, o comprimento da quilha e, aproximadamente, as suas dimensões, assim como a arqueação e tonelagem prováveis, e o respectivo estaleiro". As exigências do ad. 11 do Decreto n. 15.788 continuam em vigor, posto que não as insira a Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 95, parágrafo único? A resposta é negativa, porque a Lei n.

2.180 se satisfez com exigir a especificação da matéria e das características e o nome do construtor. Mas o comprimento da quilha, a provável arqueação, a provável tonelagem e as prováveis dimensões são características.

Se faltam características que bastem, a inscrição é *ineficaz*.

Dizia o parágrafo único do art. 11 do Decreto n. 15.788: "Fica entendido que, seja para o pagamento de despesas e dividas da construção, seja para a exploração e desenvolvimento industrial do comércio marítimo e fluvial, prevalecerá a hipoteca em toda a sua integridade, quando o navio for posto a navegar".

Diz, hoje, o ad. 95, parágrafo único, 2.a parte, da Lei n. 2.180: "Terminada a construção, a embarcação ficará hipotecada em sua integridade".

Os textos servem a solução de problema que interessa, profundamente,

à teoria e à prática, porém não lha dão de frente.

A hipoteca de navio em construção supõe, pelo menos, que já exista o contrato com o construtor, cujo nome, por lei, há de constar da inscrição, acompanhado das indicações da matéria e características. Preliminarmente, pode-se simplificar a discussão do problema, dizendo-se, desde logo, que é elemento indispensável à existência de negócio jurídico para a construção. De ordinário, o contrato; porém nada impede que se trate de promessa unilateral do construtor, ou de ato de promessa de adimplemento da obrigação de construir <*e. g.,* seguro em que se prometeu a entrega de outro navio). Esse limite temporal é negativo: sem o negócio jurídico de que resulte obrigação de construir não pode ser inscrito o acordo de constituição de hipoteca. Mas, pergunta-se, L desde quando nasce a eficácia real?

Aí, as atitudes discrepam. A coisa, que se quer hipotecar, é coisa futura, e sobre isso não há dúvida, salvo se já se iniciou a construção, pois a quilha já é coisa. A lei permitiu, não obstante a futuridade, a inscrição. Os princípios foram derrogados e tem-se de atender à derrogação. ~ Desde quando começa o direito real limitado, uma vez que se supõe objeto sobre que recaia?

Há três soluções diferentes, que têm de ser analisadas, *a priori* e diante da lei brasileira:. a) a eficácia real, portanto a hipoteca, como efeito, que é, somente surge quando o navio fica pronto e pode navegar, de modo que há a inscrição (ato constitutivo do direito real), mas a constitutividade fica diferida como se alguém vende coisa futura, ou sob condição suspensiva; *b)* a eficácia real, portanto a hipoteca, inicia-se quando a construção já alcançou configurar aquilo que se inscreveu como bem futuro hipotecado; e) a eficácia real, portanto a hipoteca, surge com a inscrição, porque a lei abriu essa exceção, de jeito que por hipotecados se têm, se ainda não se começou a construção, os próprios direitos, pretensões, ações e exceções do dono do futuro navio contra o construtor. A determinação da executabilidade da hipoteca depende da solução que se adote *de lege lata.*

De lege ferenda, os efeitos da inscrição, admitindo-se a solução a), seriam parcos: seriam de privilegiação e, pois, *erga omites,* para caso de alienação, insolvência, falência, como o do registro do contrato de locação em que há a cláusula de respeito pelo adquirente e outros semelhantes. A solução *b)* tem os inconvenientes de não se haver precisado, em lei, de qual momento da construção haveria de começar a hipoteca. Muitos são os momentos, antes de se ultimar a construção, que se poderiam considerar caracterizadores do navio. Por outro lado, traria à tona o problema da fixação do momento em que se há de ter

como de propriedade do hipotecante o navio apenas em construção, problema que depende do negócio jurídico de que resulta a obrigação de construir e não de princípios *a príori* como, divergentemente, pretenderam *(e. g.,* A. BRUNETTI, *Diritto marítimo privato,* 1, 594; F.

FERRARA JUNÃOR, *L'Ipoteca mobjuare,* 225, 225; FlORENTINO, *Studi sitUe garanzie reali navali e aeronautiche,* 57; desde o início da construção; D. 1W-fINO, *L'Ipoteca immobiliare, e mobiliare,* 214, desde certo grau qual? do desenvolvimento da construção). A favor da solução e) milita: terem *valor* o direito, as pretensões, ações e exceções do outorgante da hipoteca contra o construtor; ser possível e provável que, à assinatura do contrato, já haja satisfeito alguma prestação o outorgante da hipoteca, ou fornecido algum material, ou aberto em banco conta de crédito a favor do construtor, ou tenha adquirido materiais para fornecer.

A futuridade da coisa ocorre, devido à exceção, mas antes de se esboçar ou configurar a coisa futura algo já está gravado. Â hipoteca recai sobre todos os créditos concernentes à construção, pretensões, ações e exceções, de modo que a hipoteca do navio se inicia do dia da inscrição, que já supõe o negócio jurídico eficaz ou obrigação de constituir oriunda de algum dever jurídico.

4. AVERBação. A hipoteca averba-se no registro da embarcação e no titulo respectivo <Lei n. 2.180, art. 28).

Tratando-se de hipoteca de embarcações de menos de vinte toneladas, após a inscrição na capitania de portos tem de ser feito o registro da embarcação no Tribunal Marítimo, mas a eficácia real é desde a inscrição (Lei n. 2.180, art. 92, parágrafo único). Lê-se no art. 98 da Lei n. 2.180: "A hipoteca será averbada no registro da propriedade da embarcação e no titulo respectivo".

5.PRORROGação E RENOVação. Prorrogar é estender; renovar é fazer algo novo. Estatuiu o Decreto n. 15.788, art. 22: "A inscrição e a averbação da hipoteca deverão ser renovadas até trinta anos, contados da data em que foram feitas". A Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0, alterou o art. 817 do Código Civil, diminuindo para vinte anos o prazo preclusivo, que era de trinta. O Decreto n. 15.788 é mero decreto de regulamentação do Código Civil, art. 825, de modo que as modificações do Código Civil o atingem automaticamente. O ad. 22 deve ser lido como se antes dele se dissesse; "Mediante simples averbação na inscrição e averbação da averbação da hipoteca,

requeridas por ambos os figurantes, pode prorrogar-se a hipoteca até perfazer vinte anos da data do contrato". No ad. 22, entendeu-se dizer, mas faltou ao autor do Decreto n. 15.788 a técnica jurídica suficiente, servida de exata terminologia: "Desde que perfaça vinte anos" *(antes eram trinta),* "só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo titulo e nova inscrição; e, neste caso, lhe será mantida a procedência que então lhe competir". Em tudo que o Decreto n. 15.788 se afaste do texto do Código Civil, sem ser para razoável adaptação das regras jurídicas aos casos especiais dos navios, é *ilegal.*

§ 2487. Nacionalidade brasileira dos navios

1.NAVIOS E NACIONALIDADE BRASILEIRA. Estatui o De..

ereto nº. 15.738, ad. 39, alíneas l.~ e 2.: "Considera-se navio toda construção náutica destinada à navegação de longo curso, de grande ou pequena cabotagem, apropriada ao transporte marítimo ou fluvial. Para que o navio seja considerado brasileiro exige-se: *a)* que tenha sido construído em estaleiros do Brasil, ou em estaleiros estrangeiros por conta e ordem de Brasileiro; b) que seja de propriedade de Brasileiros, ou de sociedade civil ou comercial, com sede no Brasil, administrada exclusiva-mente por Brasileiros; e) que tenha capitão ou mestre e o maquinista brasileiros e, pelo menos, dois terços da equipagem formados por Brasileiros". Sobre a alínea 2.8, cf.

Constituição de 1946, ad. 155, devendo-se, porém, notar que, fora da navegação de cabotagem, é a lei ordinária que diz o que se entende por navio brasileiro.

Diz o ad. 49 do Decreto n. 15.788: "Serão também considerados nacionais: a) os navios de construção estrangeira, legalmente adquiridos por brasileiro ou pelas pessoas jurídicas a que se refere a letra *b* do artigo antecedente; *b)* os que forem capturados ao inimigo e considerados boa prOsa; e) os que forem apreendidos e adquiridos no cumprimento de leis brasileiras

Diz o parágrafo único do art. 49 do Decreto n. 15.788: "Em qualquer dos casos acima, deverão ser observadas as disposições do artigo anterior, referentes à nacionalidade dos proprietários, capitães e equipagens".

LE se no Decreto n. 15.788, ad. 59: "Para os efeitos do presente

Decreto, direito e garantias da marinha mercante brasileira, consideram-se nacionais: 19, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria e de responsabilidade limitada por quotas constituídas no território do Brasil; 2.0, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria e de responsabilidade limitada por quotas, constituídas exclusivamente por Brasileiros, fora do território da República, se tiverem o seu contrato arquivado no Brasil, a firma inscrita e a gerência confiada a Brasileiros; 39, a sociedade anônima ou em comandita por ações constituída em país estrangeiro, se, obtida autorização para funcionar no Brasil, transferir para o território nacional a sua sede e tiverem por diretores e sócios gerentes cidadãos brasileiros".

Estabelece o Decreto n. 15.788, ad. 6.0: "Para regular os efeitos jurídicos da hipoteca marítima, os direitos e as responsabilidades das partes contratantes, nacionais ou estrangeiras, atender-se-á, quanto possível, à lei do pavilhão".

Estatui o Decreto n. 15.788, ad. 79: "Salvo estipulação em contrário, firmada pelo Brasil em tratados ou deliberações internacionais, quanto à substância e aos efeitos das obrigações contraídas, a lei civil brasileira regulará: 1.0, os contratos de hipoteca marítima, ajustados ou realizados por Brasileiros em pais estrangeiro, quando tais contratos forem exeqüíveis no Brasil; 29, as obrigações contraídas em país estrangeiro e relativas ao regime hipotecário brasileiro".

Diz o art. 19 do Decreto n. 15.788: "O navio brasileiro objeto de contrato de hipoteca marítima não poderá ser a fretado, arrendado, ou empregado, de qualquer modo, no serviço de nação estrangeira. Não terá mais de um pOrto de registro, nem o seu proprietário poderá mudá-lo discricionariamente".Lê-se no Decreto n. 15.788, art. 19, parágrafo único: "Â mudança de nacionalidade não prejudica os direitos existentes sobre o navio. A extensão desses direitos será regulada pela lei do pavilhão legítimo que o navio hasteava no momento da mudança de nacionalidade".

II2.482-2.489. HIPOTECA DE NAVIOS

2.CONVENÇÃO DE BRUXELAS, DE 10 DE ABRIL DE 1926. No ad. 1.0 da Convenção de Bruxelas, de 10 de abril de 1926, foi firmada a principia de respeito pelos Estados às hipotecas e privilégios creditares concernentes aos navios conforme a lei da Estado que dá a

nacionalidade do navio. No art. 2.0 explicitou-se sobre o navio, que sobre o frete de viagem durante o qual surgiu o crédito privilegiada e sobre os acessórios do navio e sobre os direitos acessórios do frete adquirido após a viagem são créditos privilegiados: as custas judiciárias devidas ao Estado e as despesas, feitas no interesse comum dos credores, para a conservação do navio ou para obtenção da venda e distribuição do preço; os direitas de tonelagem e de faróis; as taxas de pilotagem; os créditos resultantes do contrata de engajamento do capitão, da tripulação e das demais pessoas engajadas no navio; as remunerações devidas por salvamento e assistência, etc. As hipotecas e outras garantias sóbre o navio vêm logo após os créditos privilegiadas mencionadas no art. 2.0 (ad. 3.0).

O ad. 4? definiu o que entendeu a Convenção por acessórios da navio e do frete. A Lei n. 5.814, de 14 de outubro de 1930, aprovou a Convenção de Bruxelas.

§ 2.488. Acordos de constituição de hipoteca feitos fora do Brasil

1.INSTRUMENTação PÚBLICA ESSENCIAL AO ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. Diz o ad. 89 do Decreto n. 15.788: “A hipoteca de navio brasileiro constituída fora do Pais deve constar de escritura pública, lavrada pelo cônsul brasileiro da lugar do contrato, e ser inscrita, dentro de sessenta dias, na repartição encarregada do registro naval competente”.

A exigência está em vigor. O acordo de constituição tem de ser por escritura pública, lavrada pelo cônsul do lugar *em que se conclui o contrato,* devendo ser inscrita, dentro de sessenta dias, na repartição encarregada da registro, que, na espécie, é sempre o Tribunal Marítimo. A regra jurídica do Decreta n. 15.788, art. 8.0, não apanha o negócio jurídico básico; só se refere ao acordo de constituição.

2. AVERBação PROVISÓRIA. Estabelece a ad. 8.0, § 1.0, do Decreto n. 15.788: “Para que a hipoteca, assim contratada, possa valer contra terceiros, desde a sua data, deve a proprietário do navio, ou o credor hipotecário, antes de a realizar, ou até três dias depois de assinada a escritura, requerer averbação provisória no registro do navio, declarando a importância da quantia, os juros, o lugar do contrata e a época do lugar do pagamento. Esta averbação provisória será ratificada e completada dentro de cinco dias depois de inscrita a hipoteca, no prazo legal”. Antes de se concluir o acordo de constituição, permite o Decreta n. 15.788, art. 8.0, não revogado pela

Lei n. 2.180, que o proprietário do navio ou o credor que espera lhe seja outorgada a constituição de hipoteca, portanto antes do acordo de constituição, requerer *averbação provisória* (não se disse "inscrição"). Pode fazer o mesma até terminar o terceiro dia após o acordo de constituição. Para isso basta que declare qual a importância da divida, os juros, o lugar do negócio jurídico básico e t época do lugar do pagamento. É interessante observar-se que não se exige haver o acordo de constituição, nem, sequer, promessa de acordo (pré-contrato separado, adjeto ou inscrito no registro jurídico básico).

"Inscrita a hipoteca", isto é, inscrito o acordo de constituição, que já existia ou foi feito depois, podem os figurantes, ratificando o requerimento (aliás, confirmando o requerimento de averbação provisória>, se ambos a requereram, ou qualquer deles, tornar definitiva a eficácia de gravame que a averbação provisória *adiantara.*

O fato de poder requerer tal averbação provisória qualquer dos figurantes do negócio jurídico básico suscita algumas questões.

Se o proprietário do navio, no caso de ter sido o credor o único requerente, ou esse, no caso de só ter sido o proprietário quem requereu, entende que lhe causa dano, ou não exprime a verdade, o que se comunica ao registro como acordo de constituição projetado ou feito, pode pedir a retificação ou o cancelamento da averbação provisória. Por onde se vê que a legitimação de um só dos figurantes é em virtude de presunção de consentimento da outro interessado para o requerimento de averbação provisória.

A averbação provisória é no registra em que se teria de fazer a averbação definitiva após a inscrição do acordo de constituição de hipoteca (Lei n. 2.180, art. 92 e parágrafo único, 98 e 99). A averbação é no registro da propriedade da embarcação. Se a embarcação está inscrita em capitania de portos, o requerimento de averbação é feito ai, aí se faz a averbação provisória, devendo ser remetidas ao Tribunal Marítima o requerimento e a documentação, onde, observada a exigência de (novo) registro no Tribunal Marítimo, se procede à (nova) averbação provisória. A eficácia da averbação provisória é desde o dia em que se lhe deu entrada na repartição em que se fizera o registro da embarcação.

A averbação provisória, requerida em caso de hipoteca em que se espera acordar no estrangeiro, pode sobrevir acordo de constituição leito no Brasil, por mudança de circunstâncias, sem que se retire, se os figurantes apontados são 08 mesmos, a eficácia excepcional da

averbação provisória.

IA-se no art. 8.0, § 2.0, do Decreto ri. 15.788: “Independente de autorização do proprietário do navio, poderá o credor requerer a inscrição e ratificar a averbação da hipoteca”. Supõe-se que o outorgado pelo acordo de constituição do direito real de hipoteca tem poder para, sem o proprietária, requerer a inscrição e a averbação. A referência a “ratificar a averbação” atende ao casa, que é o de ter sido feita a averbação provisória. A ratificação ou é feita pelos figurantes, ou pelo proprietário da navio ou pela credor. O art. $□0, § 2.0, do Decreto n. 15.788

somente focalizou a última espécie.

Ainda a respeito de acordo de constituição feito no estranrira, estatul o Decreto n. 15.788, art. 9.0: “No caso de hipoteca constituída no estrangeiro, deverá atender-se no que diz respeito à arqueação e tonelagem, que a arqueação seja calculada não segunda a tonelagem liquida, que indica a capacidade do navio, como meio de transporte, mas segundo a tonelagem bruta que fixa e determina o volume do navio, isto é, o seu valor”. Posto que inserta em decreta regulamentar, a art. 9. é de atender-se.

A matricula do navio e a inscrição da garantia real são as mesmas, quer o sistema jurídico conceba a direito de garantia sobre navio como de hipoteca ou como de penhor. Na sistema jurídico brasileiro, matriculado o navio, só se pode pensar em hipoteca. Então, o registro fio substitui a tradição, como se dá no direito alemão e noutros sistemas jurídicos: não há qualquer posse pelo outorgado. O navio é bem móvel hipotecável. Antes da matrícula, rege o direito sobre penhor comum (cf. H. BUEL, *Das Recht der beweglichen Saches,* 129); portanto, no direito brasileiro, há empenhabilidade, e não hipotecabilidade.

§ 2.489. Extinção da hipoteca de navios

1.CAUSAS DE EXTINÇÃO. As causas de extinção da hipoteca de navios ato as mesmas da extinção das outras hipotecas, que ainda serão expostas <§§ 2.515-2.526). LE se na Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 108:

“A hipoteca naval considerar-se-á extinta, cancelando-se a inscrição respectiva: a) pela perda da embarcação; 2»

pela extinção da obrigação principal; o) pela renúncia do credor; *d*> pela venda forçada da embarcação; e> pela prescrição extintiva". Na art. 103, parágrafo único: "O pedido de cancelamento será feito pelo interessada, seu representante legal ou procurador".

A referência à venda forçada, qualquer que seja a causa, provém de se tratar de extração do *valor,* o que dá ensejo, de si mesmo, à solução da dívida e, pois, à extinção da hipoteca. No Código Civil, art. 849, VII, só se alude à arrematação ou adjudicação (assim, também, o Decreto n. 15.788, art. 23). Não se tire do art. 103 da Lei n. 2.180 que toda alienação forçada de navio importe em extinção da hipoteca. É o que mais acontece, porém pode ser alienado, forçadamente, sem que se extinga a hipoteca, se foi decidido pelo juiz e os editais de alienação explícitos em se alienar *com o gravame da hipoteca.*

Se o dono da bem gravado perde a propriedade por abandono ou renúncia, ou, em se tratando de navio ou aeronave, o derrelinque, a hipoteca continua, indiferente às próprias formalidades registrárias da renúncia ou da derrelição do navio e da aeronave, que depende de registro.

2.PRAZO PRECLUSIVO. Além das causas enumeradas pela Lei n. 2.180, art. 103, há o prazo preclusivo do art.

817 do Código Civil.

3.CANCELAMENTO. O cancelamento rege-se pelo art. 851 do Código Civil.

O cancelamento da hipoteca é que a extingue, segundo os princípios que serão expostos ao tratarmos da extinção da hipoteca <§§ 2.515-2.526).

Há remição da hipoteca de navios como há remição da hipoteca de bens imóveis. Os princípios são os mesmos. O

adquirente do navio, se a aquisição tem de desnacionalizar o navio, não pode obter a eficácia real da transmissão antes de remir.

CAPITULÇO X

4.EFICÁCIA DA EXTINÇÃO. Sobre a matéria, veja-se o que dizemos sobre a eficácia da extinção das hipotecas em geral (§§ 2.516-2.526), sendo de notar-se, por exemplo, que a extinção por preclusão do prazo máximo opera automática-mente, a despeito do que se diz no art. 850 do Código Civil.

HIPOTECA DE AERONAVES

§ 2.490. Conceito e objeto

1. CONCEITO. Â concepção do direito real de garantia sobre aeronave como hipoteca, e não como penhor, atendeu às mesmas sugeat5es de técnica legislativa que militaram para se considerar hipoteca, e não penhor, o direito real de garantia sobre o navio. Trata-se de hipoteca mobiliária porque a aeronave é bem móvel. A tutela do comércio naval e aeronáutico levou os legisladores a conceber a hipoteca do navio e a hipoteca da aeronave. As diferenças entre as duas são mínimas. Não se abriu para a hipoteca das aeronaves a exceção que se estabeleceu para a hipoteca dos navios, no tocante a não

-hipotecabilidade da coisa futura. As aeronaves ainda em construção não são registáveis, de modo que não são hipotecáveis. Todavia, se já há inicio de construção, pode ser empenhável, como as aeronaves prontas e ainda não registradas, O registro da aeronave é a *matricida.* A matricula confere-lhe a nacionalidade (Decreto-lei n. 488, de 8 de junho de 1988, art. 20). “As aeronaves”, diz o art. 187 do Decreto-lei n. 483, “podem ser objeto de hipoteca, dependente de inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro e averbada na respectiva matricula”.

2.INSCRIÇÃO E AVERBação. O que se inscreve no registra aeronáutico é o *acordo de coiastitulçeto.* O que se averba na matricula é a *inscrição* feita. O acordo de constituição, e não o negócio jurídico básico, tem de ser por escritura pública (Decreto-lei n. 483, art. 137, parágrafo único: “A constituição da hipoteca aérea exigirá escritura pública”).

§ 2.491. TransferênCia da propriedade e hipoteca de aeronaves

1.HIPOTECA DE AERONAVES E DOMÍNIO. De regra, a hipoteca da aeronave não impede a transmissão do domínio a quem quer que seja. O gravame continua de incidir, sem que a alienação tenha qualquer

repercussão na relação jurídica da hipoteca, que é *real.* Todavia, por motivos de ordem pública, o art. 138 do Decreto-lei n. 483, de 8‟ de junho de 1988, estatuiu: “As aeronaves, enquanto sujeitas a hipoteca no pais, não poderão ser transferidas para o exterior, sem o consentimento expresso do credor”. A transferência da propriedade teria de ser após o cancelamento da matricula no Brasil, porque se ter taxa de desconstituir o registro: o credor teria de consentir, por ser tal mudança de matricula mudança de nacionalidade e de estatuto, em direito internacional privado. A sanção contra o negócio jurídico de alienação é a incancelabilidade mesma da matrícula no Brasil enquanto não há o consentimento do credor, que perde a titularidade do direito real de hipoteca e talvez não venha a adquirir outro no estrangeiro. A alienação a estrangeiro, que se ache no Brasil, como residente, ou não, é impraticável, devido ao art. 22 do Decreto-lei n. 483, que só admite a inscrição de aeronaves privadas no Registro Aeronáutico Brasileiro, que forem de propriedade exclusiva de Brasileiro (ou Brasileiros) ou de pessoa jurídica brasileira, com sede no Brasil, gerência exclusivamente confiada a Brasileiros, e um terço, pelo menos, do capital social pertencente a Brasileiros, domiciliados no Brasil. A transferência para o exterior impõe cancelação da matrícula no Brasil, devendo consentir o credor hipotecário, posto que, no ad. 7□O, parágrafo único, se haja previsto que “a mudança de nacionalidade não prejudica os direitos anteriormente adquiridos”, o que o outro pais pode não estabelecer.

2.TERCEIRO DADOR DE HIPOTECA. A hipoteca de aeronave pode ser constituída pelo dono da aeronave para garantia do débito de outrem. Terceiro pode adquirir a aeronave hipotecada sem assunção da dívida garantida. Regem os princípios gerais.

§ 2.492. Constituição da hipoteca de aeronaves

1.NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE VIVOS E OUTROS MODOS DE AQUISIÇÃO. A hipoteca de aeronaves constitui-se pelos mesmos meios de constituição que a hipoteca imobiliária e a de navios. Tratando-Se de constituição entre vivos, de ordinário há o *negócio jurídico bdeico,* o *acordo de constituição,* o *consentimento para a inscrição* e a *inscrição.* Somente com a inscrição nasce o direito real limitado, o gravame da hipoteca.

Tudo que foi dito sobre a hipoteca imobiliária e a de navios é invocável a respeito da constituição da hipoteca sobre aeronaves.

No ad. 142 do Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, foi estabelecido: “Os atos constitutivos da hipoteca sobre aeronaves declararão, além dos requisitos usuais: a) a importância da divida garantida pela hipoteca, ou a sua estimação; l O os juros estipulados; e) a época e o lugar do pagamento *cl)* as marcas de matricula da aeronave”.

2.PLURALIDADE DE HIPOTECAS. O art. 143 do Decreto-lei nº . 483, explicitamente, pôs por principio o que faz parte do direito comum sobre hipotecas: “O proprietário da aeronave poderá constituir, sobre esta, outras hipotecas, que obedecerão à ordem da inscrição”. Os problemas que podem surgir tem a mesma solução que a respeito das hipotecas imobiliárias e das hipotecas de navios.

8.PLURALIDADE DE PROPRIETARIOS. o condômino de imóvel pode gravar a sua parte indivisa, independentemente do assentimento dos outros condôminos. No Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, ad. 16, também se inseriu regra jurídica que se parece com a do Decreto-lei n. 483, art. 144 (“A aeronave que pertencer a dois ou mais proprietários não poderá ser hipotecada sem o consentimento expresso de todos os condôminos”), razão por que remetemos ao § 2.484.

§ 2.493. Extinção da hipoteca sobre aeronaves

1.DECRETO-LEI N. 483, DE 8 DE JUNHO DE 1988, ntr. 154. No ad. 154 do Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, diz-se: “Extingue-se a hipoteca aérea: a) pela perda da aeronave; *b)* pela renúncia do credor; *c)* pela extinção da obrigação principal; cl) pela arrematação judicial ou adjudicação”. São os incisos II, 1.~ parte, III, 1 e VII do art. 849 do Código Civil, respectivamente. Em relação à Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, ad. 103, a) a *e),* há a referência à “venda forçada da embarcação”, que é matéria da letra cl), e omissão da “prescrição”, de que se fala na letra *e).* Donde indagar-se se há a remição (Código Civil, ad. 849, IV), em se tratando de hipoteca de aeronaves, e a prescrição da ação real (art. 849, VI), além da preclusão de que cogita o art. 817 (vinte anos, a contar do acordo de constituição). A resposta é afirmativa, tanto mais quanto, no art. 146, o Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, enuncia: “Serão aplicáveis subsidiáriamente à hipoteca aérea os dispositivos da legislação civil sobre essa matéria”.

2.SUB-ROGação REAL. Nos casos de sub-rogação real, sem extinção da hipoteca, a hipoteca continua sobre a pretensão, a indenização ou a aeronave adquirida ou gravada em sub-rogação.

CAPÍTULO XI

HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO

§ 2.494. Conceito e objeto

1.CONCEITO DE HIPOTECA DE ESTRADA DE FERRO. As estradas de ferro podem ser hipotecadas a > se bens independentes, ou *b),* em hipoteca conjunta, como pertença de algum imóvel (Código Civil, ad. 810, II >.

As hipotecas sobre estradas de feno supõem, de qualquer modo, que *seja bem* distinto a estrada de ferro. É

interessante observar-se que, em se atribuindo à estrada de ferro ser bem distinto, pode haver *pertença,* móvel ou imóvel, da estrada de ferro. O Decreto-lei *ix.* 3.109, de 18 de março de 1941, regulou o registro das alienações de estradas de ferro. No Código Civil, ad. 852, diz-se que "as hipotecas sobre as estradas de ferro serão inscritas no município da estação inicial da linha", ao que o art. 180 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, atendeu:

"Os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha".

2.OBJETO DA HIPOTECA DE ESTRADA DE FERRO. O objeto da hipoteca de estrada de feno é, precipuamente, a estrada de feno, grupo de móveis, que a função assimila aos *itnóveia.* Em verdade, trata-se de bem imóvel, porque não há estrada de feno sem terreno em que passe e em que tenha as suas estações e depósitos.

As máquinas e vagões são partes integrantes, mas o imóvel é o cerne, imóvel que pode ser da largura indispensável ao movimento dos trens *rituais* as estações. O bem cerne não é o vagão, nem a locomotiva; é o terreno com as linhas férreas, ainda que esse terreno seja propriedade resolúvel, ou enfiteuse.

3.ABRANGÊNCIA DA HIPOTECA. Lê-se no art. 854 do“ Código Civil: “A hipoteca será circunscrita à linha ou linhas especificadas na escritura e. ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Não obstante, os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais, ou de parte considerável. do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que a garantia do débito lhes parecer com isso enfraquecida”. O objeto é o todo explorável, não se podendo dizer que os trens (locomotivas e vagões) sejam pertenças:

todos são partes integrantes. Tão-pouco se pode dizer que o objeto da hipoteca seja a empresa de estrada de ferro.

§ 2.495. Constituição da hipoteca de estrada de ferro

1.REGRAS JURÍDICAS GERAIS. O que se disse sobre a constituição das hipotecas de imóveis há de invocar-se a propósito das hipotecas de estradas de ferro: a estrada de ferro é bem imóvel. As mesmas soluções hão de ser dadas aos problemas que surgem quanto ao negócio jurídico básico, quanto ao acordo de constituição, ao consentimento para a inscrição e a inscrição. Os princípios a respeito da hipoteca constituída em testamento são os mesmos; e as mesmas as exigências registrárias, quanto à herança e aos legados.

A respeito das hipotecas de estradas de ferro, incide o art. 810, II, do Código Civil: O “material de exploração” faz parte integralmente da estrada de ferro; não é pertença. O que possa ser pertença, e não parte integrante, somente se tem por hipotecado se foi feita *hipoteca conjunta.* Basta, aliás, que se diga que a hipoteca da estrada de ferro é “com suas pertenças”. Os automóveis que a empresa tem para condução dos chefes de trem e mais empregados, a *fortiori* dos diretores e chefes de serviço, quando vão para o trabalho ou dele saem, não são material de exploração; são pertenças.

Sempre que as pertenças foram gravadas, as substituições e despertinencializações operam-se segundo os princípios que foram expostos quanto às pertenças dos prédios, havendo hipoteca conjunta.

II 2.494-2.496. HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO

O que se expôs no tocante à aquisição de hipoteca por terceiro, se

quem fez a gravação não foi pessoa legitimada a fazê-lo, tem inteiro cabimento.

2.BENS IMÓVEIS NÃO ATINGIDOS. Pode acontecer que a empresa tenha outros imóveis ou móveis que não façam parte da estrada de ferro, tal como foi registrada e hipotecada. A hipoteca da estrada nada tem, ai, com os outros bens, nem com a hipoteca a que acaso algum, todos ou alguns estejam sujeitos. O princípio da especialidade e o da publicidade das hipotecas afastam qualquer argumento a favor da hipotecabilidade da empresa, a despeito da conexão funcional que apresente~ A empresa que tem estradas de feno, aeronaves e navios pode. hipotecá-los, mas as hipotecas são distintas e sujeitas aos respectivos princípios, no que se livrem das regras jurídicas comuns.

3.HIPOTECA CUMULATIVA. Podem-se hipotecar, cumulativamente, duas ou mais estradas de ferro, ou estrada de ferro e bem ou bens imóveis ou móveis (navio, aeronave), que não sejam partes integrantes nem pertenças da estrada de ferro, ou das estradas de feno.

Os requisitos para a constituição da hipoteca cumulativa são os mesmos que exporemos no § 2.528.

Há conveniências facilmente discerniveis na hipoteca cumulativa, em se tratando de estrada de ferro. A deterioração pode diminuir consideravelmente o valor da garantia e os *outros* bens afastam a alegação de insuficiência.

§ 2.496. Extinção da hipoteca de estradas de ferro

1.CAUSAS DE EXTINÇIO. As causas de extinção são as mesmas das hipotecas de imóveis em geral. A retirada da permissão ou concessão de direito público é causa de extinção por se assimilar ao perecimento do objeto.

2.REGISTRO. É necessário o registro da extinção nos mesmos casos em que o é para as hipotecas de imóveis em geral.

Pode dar-se que a hipoteca se torne hipoteca de proprietário, uma vez que, na ordinariedade dos casos, somente com o cancelamento da inscrição se extingue a hipoteca.

Regem, a esse respeito, os princípios gerais que foram expostos.

CAPITULO XII

LETRAS HIPOTECÁRIAS

§ 2.497. Conceito e criação das letras hipotecárias

1.TÍTULOS DE DIREITO REAL. A letra hipotecária ou cédula hipotecária de que cogita o direito brasileiro não é a cédula hipotecária de outros sistemas jurídicos em que cada cédula corresponde a uma hipoteca. A letra hipotecária é título de direito real, título incorporante desse direito real limitado, que é a *hipoteca.* Hipoteca fez-se; e "dividiu-se" a hipoteca em letras hipotecárias, títulos incorporantes de cada fração. Direito incorporado é a hipoteca. Não se trata de titulo de crédito; e sim de título de direito real.

O Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, *que é lei,* no art. 13, § 1.~, estabeleceu: "Construída a hipoteca conforme o art. 49, § 6.0, ou cedida conforme este artigo, uma vez que a inscrição fique em primeiro lugar e sem concorrência, podem sobre elas as sociedades especialmente autorizadas pelo governo emitir, com o nome de letras hipotecárias, títulos de dívidas transmissíveis e pagáveis pelo modo que se determina nos parágrafos seguintes". No § 2.0: "As letras hipotecárias são Dominativas ou ao portador A letra hipotecária ou cédula hipotecária tem a grande vantagem da circulabilidade. Os inconvenientes da perda da. letra ou cédula são comuns a todos os títulos circuláveis e podem ser corrigidos pelos mesmos meios. No caso de hasta. pública do imóvel, a notificação tem de ser edital.

2.CONSTITUIÇÃO DA HIPOTECA E CRIação DOS TÍTULOS. Primeiro, constitui-se a hipoteca; depois.

subscrevem-se e emitem-se os títulos. Só os podem criar banco ou outra sociedade especialmente autorizada pelo governo.

A emissão das letras hipotecárias não pode exceder a importância da dívida ainda não amortizada, nem o décuplo do capital social realizado <Decreto n. 169-A, art. 13, § 6.0). .*1.* X. CARVALHO DE MENDONÇA <*Tratado de Direito Comercial,* IV, Partes II e III, 79) escreveu que "as letras têm por garantia o crédito hipotecário constituído a favor do banco pelo mutuário, o fundo social e a reserva". Não é isso o que dizia o art. 327 do Decreto n. 370, de 2 de

maio de 1890. Lá está escrito: “As letras hipotecárias têm por garantia: *§* 19 Os imóveis hipotecados. § 29 O fundo social. § 3□O O fundo de reserva”. Ou a hipoteca é a favor do banco, que é mutuante, ou se transferiu a Ele, que a adquiriu, ou foi constituída pelo banco sobre bem de sua propriedade, ou enfiteuse, a favor dele mesmo (acordo de constituição a favor de si mesmo >, para a criação (autorizada) de letras hipotecárias.

A hipoteca pode recair num só imóvel, ou em dois ou mais; todavia, se o banco emite, a garantia é por todos os imóveis hipotecados, e não por um só (Decreto n. 370, art. 329:

“Fica entendido que as letras hipotecárias não têm garantia direta sobre tal ou tal imóvel hipotecado à sociedade: elas são garantidas indeterminadamente por todos os imóveis hipotecados (art. 334) “. É a figura da hipoteca cumulativa.

Na Lei n. 5.453, de 16 de janeiro de 1928, o art. 1.0 estabelece: “As letras hipotecárias, emitidas pelas sociedades de crédito real, que forem garantidas pelo Governo da União ou pelos dos Estados, terão, além dessa garantia, apenas a dos imóveis hipotecados”. O art. 1.0 da Lei n. 5.453 somente concerne às emissões que a União ou os Estados-membros *garantem,* de modo que é pressuposto para a garantia estatal que haja apenas a inscrição e especialização de imóveis, salvo lei federal que derrogue a Lei n. 5.453. Têm-se como conseqüências: a) a hipoteca é sem incidência sobre todo o ativo da empresa de crédito real; lO se o preço dos bens especializados não dá para satisfação das pretensões dos portadores de letras hipotecárias, há a ação condenatória contra a entidade estatal ou contra a própria empresa de crédito, pelo restante. solidariamente.

Está derrogado no que se refere às sociedades de crédito real o art. 327, §§ 29 e 39, do Decreto n. 370.

A cédula hipotecária ou letra hipotecária não é titulo *constitutivo* da dívida. Antes da emissão das letras hipotecárias já há divida imobiliária do proprietário do prédio hipotecado. Dai dizer-se no Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 810, que “as letras hipotecárias representam os empréstimos hipotecários de longo prazo, pelo que a sua emissão não

-pode exceder a soma do valor nominal deles (art. 291)”. No art. 291 acentuava-se que “nenhum empréstimo hipotecário pode exceder a metade do valor dos imóveis rurais e três quartos dos imóveis urbanos”, mas tal regra jurídica não subsistiu com o Código Civil,

exceto para as letras hipotecárias. Portanto, a emissão de letras hipotecárias supõe que a empresa haja observado o art. 291 do Decreto n. 370. § 2.498. Transferência de propriedade dos títulos ao portador e por endosso dos títulos nominativos 1.DUAS ESPÉCIES. As letras hipotecárias ou são nominativas ou ao portador (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 13, *§* 29; Decreto n. 370, art. 311~. As nominativas são transferíveis por endosso, mas sem que fique responsável pela solução da divida o endossante *(* = não há equiparação aos títulos cambiários).

Todavia, incide o art. 1.073 do Código Civil ("Na cessão por titulo oneroso, o cedente, ainda que se não responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu. A mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por titulo gratuito, se tiver procedido de má fé"). Idem, quanto aos arte.

1.074 e 1.075 do Código Civil. Assim é que se há de interpretar o art. 312 do Decreto nº . 370, que diz: "As letras nominativas são transmissíveis por endosso, cujo efeito é somente o da cessão civil, isto é, sem responsabilidade para o endossante". A parte final desse art. 312 não estava no Decreto n. 169-A, art. 13, § 3.o, e envolveu certa contradição, porque não é sem responsabilidade o endossante que só se submete às regras jurídicas sobre a cessão do direito comum.

A lei não tornou exclusiva a transferência por endosso das letras hipotecárias. A letra hipotecária é endossável, mas por outros meios pode se lhe transferir a propriedade (Decreto n. 870, art. 313: "A faculdade da transmissão por via de endosso não quer dizer que se proíba outro qualquer meio legal de transferir essa propriedade").

2.NEGOCIÀBILIDADE. As letras hipotecárias ao portador " transferem-se pela simples tradição", diz o art. 814

do Decreto n. 870. "Simples tradição" está, ai, por tradição sem endosso, e não no sentido técnico. A letra hipotecária ao portador pode ser alienada por tradição simples, por tradição *longa manu,* por tradição *brevi manu,* ou com o constituto possessório, etc.

A negociabilidade das letras hipotecárias é em qualquer ponto do território nacional (Decreto n. 870, art. 316:

"Podem negociar-se em qualquer parte as letras hipotecárias, qualquer que seja a circunscrição territorial onde forem criadas"

O valor das letras hipotecárias não pode ser inferior a. cem cruzeiros (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 18, § *49;* Decreto n. 870, art. 315).

O limite de que se trata é mínimo, *legal.* Os atos jurídicos estatais que permitam emissões de letras hipotecárias podem estabelecer que sejam de maior valor, o que é aconselhável devido à desvalorização do dinheiro. Por outro lado, há autonomia da vontade desde que respeite aquele mínimo se ato jurídico estatal não preestabeleceu o valor.

3.DECRETO-LEI N. 1.844, DE 13 DE JUNHO DE 1989, ART. 1.0.

No art. 1.0 do Decreto-lei n. 1.844, de 13 de junho de 1989, estabeleceu-se que "as operações sobre títulos de bolsa serão efetuadas exclusivamente por intermédio dos corretores e em público leilão". A interpretação que se tem dado a essa regra jurídica, no sentido de terem de ser em bolsa as operações sobre títulos de bolsa, inclusive se ao portador *(z* títulos negociáveis em bolsa, inclusive se ao portador), é equivoca: primeiro, porque não se diz qual a sanção (inexistência, invalidade ou ineficácia da operação, ou simplesmente falta da vantagem decorrente do registro das operações, *e.* g., por mudança de nome do titular, endosso ou tradição) segundo, não se revela até que ponto essa *lez specialis* atingiu o sistema jurídico brasileiro, no que concerne à circulação dos títulos cotáveis (negociáveis na bolsa).

A interpretação, de que acima se fala, teria o enorme inconveniente de dificultar negócios jurídicos bilaterais em que uma das prestações fosse em títulos negociáveis em bOlsa. Ter-se-ia de exigir o público pregão; e a oferta de maior preço impediria auto-regramento das vontades, atingiria o chamado "principio da autonomia da vontade".

O pregão de que se fala não pode ser senão meio de *publicidade,* e não de oferta ao público, ou de *invitatio ad ol 1 erendum.* Pregar vem de *praedicare* (predegar, preegar); e nada tem com deixar a outrem que dê mais, ou suba na oferta.

A melhor interpretação do art. 1.0 do Decreto-lei n. 1.344 é a que só atribui ao registro e ao pregão função de *publicidade,* de menção das operações, para que fique assente o que se passou na *história* da propriedade do titulo. Não há inexistência, nem invalidade, nem

ineficácia das operações que se passem, por exemplo, na sociedade por ações, a respeito de ações nominativas, ou nas relações com ela ou com terceiros, a respeito das ações ao portador, ou das debêntures. De modo nenhum se atribuiu ao registro e ao pregão a eficácia de transmissão *real* dos títulos cotáveis, como, a propósito dos prédios, ocorre com o registro de imóveis. A qualquer tempo o portador das ações ou das debêntures pode pedir o registro e o pregão.

A transmissão dos títulos rege-se pela lei respectiva, e não pelo art. 1.~ do Decreto-lei nº . 1.344. A eficácia do registro e do pregão é semelhante à do registro de títulos e documentos, na ordinariedade dos casos, isto é, onde não é exigido para a criação ou a eficácia real dos direitos. Por exemplo: no que se refere a propriedade das ações nominativas, é o termo de transferência lavrado no livro de transferência das ações nominativas, de que cogita o art. 27 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. A falta do termo de transferência não tem a conseqüência de tornar inválido o negócio jurídico; somente concerne ao *acordo de tranemisscto.* Não tem qualquer pertinência invocar-se, quanto ao negócio jurídico básico, o art. 145, III, do Código Civil, que considera nulo o ato jurídico, se foi preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. Enquanto não se transcreve o acordo de transmissão, que se seguiu à compra e venda do imóvel, ou outro negócio jurídico de alienação, não há transmissão (que é efeito) : nem por isso é nula a compra e venda ou outro negócio jurídico.

Enquanto não se leia e assina o termo de transferência das ações nominativas não há pensar-se em transmissão, posto que possa valer e ser eficaz o negócio jurídico básico. O termo só se refere ao acordo de transmissão. Tanto erram os que não separam o negócio jurídico, o acordo de transmissão e a transmissão (efeito) quanto os que, com imperdoável desconhecimento da técnica jurídica, vêem na operação na bolsa a transmissão. Quem compra imóvel, como quem obtém cessão de ações nominativas, tem direito, pretensão e ação a que o promitente as preste; ainda não é dono delas.

CAPITULO XIII

HIPOTECA A FAVOR CIRCULANTES DE TITULOS DE CRÉDITO E REPRESENTATIVOS

§ 2.499. Amortização e execução forçada

1.SOLUÇÃO DA DIVIDA. A letra hipotecária ou é amortizada, ou se executa forçadamente. Queimam-se as letras hipotecárias que foram amortizadas (Decreto n. 370, art 330). A queima apenas é cumprimento de dever de direito público. A reemissão é lançamento não-permitido de letras hipotecárias.

As letras hipotecárias que foram saldadas antecipadamente selam-se com selo especial (Decreto n. 370, art. 331); entram em sorteio com as outras e podem ser dadas à circulação, se advier novo empréstimo (art. 332).

2.INADIMPLEMENTO. Se a letra hipotecária não foi amortizada em tempo, pode o portador executar, forçadamente. a pretensão (Código de Processo Civil, art. 298, VII, 2.~ parte).

§ 2.500. Hipoteca a favor de títulos de crédito

1.ADMISSIBILIDADE DA HIPOTECA. A hipoteca pode ser a favor de títulos de crédito, que se adquiram como títulos ao portador ou por endosso.

a)Os titulo. nominativos podem ser garantidos por hipoteca, à guia do que ocorre com quaisquer créditos. Nada obsta a que a inscrição se refira a dois ou mais títulos de crédito, desde que se lhes dêem na inscrição todas as características com que foi feito o ato constitutivo (unilateral ou bilateral), alvo se ressalta a independência das hipotecas só formalmente unidas. Não cabe qualquer regra jurídica interpretativa, como se sugere noutros sistemas jurídicos: se há dúvida, não ressalta a Independência. Nas hipotecas legais, judiciais e judiciárias, tio-pouco há lugar para dúvida: ou a lei ou a sentença determinou o que se garantia.

b)Os títulos à ordem também podem ser garantidos por hipoteca. A hipoteca sOmente garante as obrigações cambiárias, ou cambiarifomes ou oriundas de outros títulos à .perdem, que resultem de endossos posteriores à inscrição. Entende-se que cobre, também, a obrigação do emitente. Todavia, pode ser incluída a responsabilidade pelas obrigações decorrentes de endossos anteriores e excluída a responsabilidade pelas obrigações que emanem de endossos posteriores. Pode-se garantir com hipoteca a obrigação de um endossante, ou a que possa resultar de endosso a ser feito.

Ainda que se trate de titulo cambiário ou cambiariforme, a hipoteca restrita a classe, série ou determinado endosso é de natureza extracambiária; e as restrições são oponiveis aos sucessivos endossatários, ainda se não constam do titulo. Se constam do título e não do registro, a ação seria a de ato ilícito.

A hipoteca pode ser constituída por terceiro dador

Para a inscrição, há de figurar o nome do tomador, ou do atual legítimo possuidor, ou quem, por ser endossatário, se diz legítimo possuidor, ou o daquele cuja obrigação se garante com a hipoteca, ou o daquele de que começa a garantia hipotecária.

c)Os títulos ao portador são suscetíveis de garantia hipotecária, porém não se pode distinguir quais os portadores a quem aproveita.

2.ANOTação. A hipoteca a favor de titulo de crédito pode ser anotada no titulo, no titulo nominativo, ou no titulo à ordem, pode ser feita pelo oficial do registro da hipoteca, ou, se o. titulo não a comporta materialmente, pode ser-lhe anexado o traslado ou certidão da hipoteca. A anotação ou o traslado ou certidão têm fé no que respeita a haver sido constituída a hipoteca, não quanto a ainda existir, ser válida ou ser eficaz. Por outro lado, a falta de anotação ou de anexação de traslado ou de certidão de modo nenhum retira qualquer efeito à hipoteca. Não há, portanto, confundir-se essa anotação heterotópica com as anotações e averbações no registro de imóveis, ligadas à *publicidade* do registro a cada momento.

O endosso do titulo transfere, *erga omites,* a hipoteca, ainda que não tenha havido qualquer anotação, nem se haja anexado traslado ou certidão, e ainda que o endossatário de fato ignorasse a existência da hipoteca.

Tal eficácia tem quaisquer outras causas de transferência entre vivos do titulo de crédito. Por exemplo: subrogação pessoal, por ter havido pagamento pelo obrigado de regresso, ou pelo avalista.

3.CANCELAMENTO. A inscrição da hipoteca precisa de ser cancelada sempre que se extingue a hipoteca. Os princípios são os mesmos para todas as hipotecas. Após o cancelamento, as declarações e anotações no titulo de crédito somente podem dar ensejo a responsabilidade pessoal dos transferentes. A extinção da hipoteca, que não foi por extinção do crédito garantido, deixa intacto o crédito, com as

pretensões de regresso.

§ 2 501. Transferências do crédito

1.ALIENação DE TITULOS E HIPOTECA: A) TÍTULOS ENDOSAVEIS. No Código Civil alemão, *§* 1.153, alínea 2.ª, diz-se que o crédito não pode ser alienado sem a hipoteca, nem a hipoteca sem o crédito. A relação de acessoriedade foi, ai, trans.formada em relação de interdependência. Sem regra jurídica escrita, não se poderia chegar à mesma conclusão: a hipoteca, de regra, não se pode transferir sem o crédito que ela garante; porém o crédito, se a hipoteca dele não consta, ou se não se trata de letra hipotecária, pode ceder-se sem a hipoteca.

A hipoteca que dá garantia a titulo ao portador transfere-se com ele, porque se dividiu por todos os títulos ao portador que ela garante, no momento mesmo em que se constituiu. A hipoteca a favor de titulo endossável circula com o crédito, pelo endosso. Esse a transfere, *erga omites.* Todavia, a hipoteca a favor de titulo cambiário ou cambiariforme oferece a particularidade de não se transferir cambiária ou cambiariformemente. A hipoteca não se incorpora no titulo cambiário ou cambiariforme. Não adquire a abstratividade da cambial. A inscrição pode ter sido anotada no título, mas perdurou externa:

com isso, prova-se que *houve* a inscrição, porém não que ainda haja, ou seja válida, ou eficaz. A diferença entre o título cambiário ou cambiariforme garantido com hipoteca e a letra hipotecária, que incorpora a hipoteca, é indiscutível.

A literalidade, autonomia das obrigações e abstratividade dos títulos cambiários, cambiariformes e alguns mais dizem respeito à classe em que se incluem. No que toca à hipoteca, essas características não se concebem: a inscrição é que importa e o seu estado a cada momento há de constar do registro; a despeito dos sucessivos endossos, não surgem novas obrigações, que se possam dizer autônomas, a hipoteca é a mesma. Pode-se enunciar que a hipoteca circula *(* a sua titularidade muda) com a circulação do titulo cambiário, cambiariforme, ou semelhante, mas a sua eficácia é sua, só sua.

Dai resulta que as exceções são oponiveis aos sucessivos endossantes, por parte do dono (ou enfiteuta) do bem gravado.

Todavia, as exceções concernentes ao crédito, exceções ligadas ao

negócio jurídico básico, de que o acordo de constituição da hipoteca abstrai, são inoponiveis, porque o seriam no próprio setor do direito de garantia hipotecária. Por exemplo: o pagamento já feito ao endossante, que conservou ou obteve a posse do titulo e o endossou, não extingue a hipoteca. Ai o efeito é da própria transmissão da hipoteca, na linha da titularidade.

As exceções relativas à própria hipoteca são oponíveis se constam do titulo de crédito *(e.* g., nulidade da inscrição mesma anotada no título, ou da anotação), ou se derivam do ato constitutivo, como se foi reformada ou rescindida a sentença que decretou a hipoteca judicial, ou deu ensejo à hipoteca judiciária, se há não-hipotecabilidade do bem, ou se ocorreu decretação ou invalidação de cancelamento.

A renúncia à hipoteca não se pode opor ao endossatário se não foi cancelada a inscrição antes do endosso.

A ação de fraude contra credores, no direito civil (Código Civil, arts. 147, XI, 106) ou no direito falencial (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53), não cabe contra o endossatário se esse adquiriu o titulo cambiário ou cambiariforme a titulo oneroso ou não (cp. Decreto-lei n. 7.661, art. 52, III e IV), sem intenção de prejudicar credores e ignorando a fraudulência da hipoteca (cf. PIo Prcno, *Revocatoria ordinaria e failimentare,* 100 s., 244 s.). Quanto ao art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, é preciso que também se prove a "intenção de prejudicar", no que concerne ao terceiro, de modo que a intenção de prejudicar por parte de quem constituiu a hipoteca e de qualquer dos endossantes anteriores não basta (apenas é um dos requisites a intenção dolosa daquele). O endossatário de boa fé está livre de tal alegação, que não se refere a Ele.

A indicação da hipoteca no titulo à ordem de jeito nenhum tem os efeitos da inscrição (MaIo CONDORELLI, *L'Ipoteca a favore delia massa degli obbligazionisti,* 71 >.

2.n) TÍTULOS AO PORTADOR. No sistema jurídico brasileiro, os títulos ao portador, cuja emissão observou a lei, podem ser garantidos por hipoteca. As *letras hipotecárias* não são títulos ao portador; ou nominativos endossáveis, garantidos por hipoteca: são títulos incorporantes do direito real de hipoteca. As *debêntures,* sim: títulos ao portador, que as sociedade anônimas e as comanditas por ações podem criar, são títulos abstratos (à base do negócio jurídico da criação deles pode estar negócio jurídico de mútuo, ou outro negócio jurídico), dão *princípio* sobre todo o ativo da empresa; não são títulos

de direito *real* de garantia. Podem, todavia, ser garantidos por hipoteca, o que é outra coisa. Então, os diretores, antes de emitirem os títulos, requerem a *inscrição provisória* dos bens sobre que dão a hipoteca, a favor dos futuros portadores de títulos. A lei fixa o prazo de seis meses, sob pena de preclusão, para a averbação, à margem da inscrição provisória, da definitiva constituição da hipoteca: a preclusão envolve responsabilidade solidária dos administradores da sociedade perante quaisquer prejudicados (Decreto n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 4~O, *§* 2.0; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 275 e 276). Qualquer portador de debêntures (debenturista) pode promover a averbação e sanar as lacunas, irregularidades, ou inexatidões, dentro, porém, do prazo dos seis meses (Decreto n. 4.857, art 275:

"inscrição que será provisória para ratificação dentro de seis meses, a requerimento da sociedade ou de qualquer credor").

A inscrição provisória só é provisória porque pode acontecer, nos seis meses, que a sociedade não emita os títulos, ou por mudança das circunstâncias, ou porque não tenha havido reação favorável no público, ou no circulo de interessados. Não se trata de simples *protocolização* (Decreto n. 4.857, art. 262) ou *prenotação* (Decreto n.

4.857, arts. 206 e 208), mas de *inscrição,* posto que provisória. Dizer-se, como fazem Líslro Garcia (.4. *lnscrição* 182) e alguns juristas *(e. g.,* TRAJANO DE MIRANDA VÂLVME, *Sociedades por ações,* II, 180), que a inscrição provisória é espécie de "prenotação" da hipoteca "prometida", devendo-se fazer à vista de simples exemplares de jornais em que veio publicada a ata da assembléia geral da sociedade, é duplo Erro: a inscrição provisória é mais, formal e materialmente, do que a prenotação ou simples protocolização, que pode ser retirada pelo outorgado (Tomo XI, § 1.245, 5); ainda se prenotação ou protocolização fosse, exigiria escritura pública: não se prenota nem protocoliza inscrição, ou transcrição, se a lei exige a escritura à inscrição (definitiva).

Quando a assembléia da sociedade por ações, ou outro órgão, que tenha competência para o ato, delibera *vender* e *transferir a propriedade* de algum imóvel, não se leva a registro a cópia dessa ata. Entende-se que se vendeu (negócio jurídico bilateral consensual) e se deram poderes para a assinatura do *acordo de transmissão,* ou que se deram poderes para se vender e se transferir a propriedade *(=* assinar acordo de transmissão). Para qualquer ato jurídico cuja lei de forma Impõe a escritura pública é de mister que se respeite a lei de forma. Ata de assembléia ou ata de reUnião de diretoria não é escritura pública. Os

oficiais de registro não podem inscrever, transcrever.

prenotar ou averbar o que não é inscritivel, transcritivel, prenotável ou averbável.

(É preciso que se não confunda a *declaração unilateral de constituição de hipoteca,* que é o que se inscreve provisoriamente e corresponde ao *acordo de constituição,* que é *id quod plerum que fit,* com a declaração de deliberação de dar garantia hipotecária às debêntures, que está, ai, no lugar do negócio jurídico básico, se não é simples deliberação de promessa, que haja de ser seguida de declaração-adimplemento. *A fortior4* com o negócio jurídico de lançamento de debêntures, de que resultam as debéntures, que a hipoteca vai garantir.) A provisoriedade da inscrição não é ligada à cautelaridade; é inspirada pela necessidade de se fazer depender de *ratificação* a inscrição. Tanto assim é que, em vez de se proceder àinscrição (definitiva), como acontece com as protocolizações ou anotações, apenas se anota, na inscrição já feita, a ratificação <Decreto n. 4.857, art. 275, *verbo* "ratificação").

Se a garantia hipotecária é dada por outra sociedade, e não pela emitente, a deliberação da assembléia geral apenas importa em declaração unilateral de vontade para compor o *acordo de constituição;* portanto, ou é oferta ou é aceitação. Se houve oferta do constituinte por escritura pública, tem de ser feita outra escritura com a reprodução do deliberado, para satisfazer as exigências de constituibilidade da hipoteca. Se a oferta teve de partir da sociedade, futura emitente, tem-se de dar forma de escritura pública ao resolvido em assembléia geral. As deliberações de alienação pelas assembléias gerais

ainda não são declarações de vontade transcritíveis no registro de imóveis; nem no são as deliberações de gravação.

Escusado é sublinhar-se que a garantia hipotecária indicada nos títulos ao portador, sem ter havido inscrição provisória (não caduca), ou inscrição definitiva, não tem a eficácia da inscrição, e os portadores apenas podem promover a ratificação, dentro do prazo para se ratificar a inscrição provisória.

3.MOMENTO DA INSCRIÇÃO. A hipoteca pode ser inscrita provisoriamente, ou definitivamente, desde que já exista a deliberação de emissão. Nada impede que seja definitiva, e não provisória, se já se deliberou a emissão; de modo que o ser definitiva ou provisória somente depende da sociedade ou firma que emite. A regra jurídica

sobre inscrição provisória, ratificável nos seis meses, sOmente consta da legislação sobre debêntures, mas há de entender-se, por analogia, a respeito de quaisquer hipotecas em garantia de créditos a favor de massa de tomadores e portadores.

Não importa se os tomadores já constam de lista de subscrição, ou se não constam, se já prestaram o importe ou parte do importe da aquisição dos títulos, ou não, se foi encarregado, ou não, outro qualquer estabelecimento da colocação dos títulos. A provisoriedade da inscrição tem-se de reputar expediente oferecido aos criadores e emissores, ou somente criadores dos títulos, para possível retirada, com a caducidade, embora se obriguem quanto aos prejuízos que a essa causem os criadores e, solidariamente, os seus órgãos.

A inscrição provisória presta-se à função de anunciar, de estabelecer confissão, com o papel, ou de *invitatio ad offeren* dvii, ou de *invitatio ad acceptandum.* Salvo intercalação de prestação total por outrem, a inscrição da hipoteca anterior à emissão é inscrição de hipoteca a favor de titulo *futuro.*

A deliberação de emitir ainda não é a *oferta ao publico,* declaração de vontade irrevogável. A emissão sup6e a comunicação ao público daquela deliberação e de que já se podem adquirir, desde o momento ou a partir de certo momento, os títulos. A inscrição provisória há de ser antes desse momento; a ratificação, dentro dos seis meses, analogicamente ao que se passa com a hipoteca a favor de debêntures.

Em vez do prazo de vencimento (Código Civil, art. 846, IX, *in une),* há de constar o plano de amortização. Nada impede que a amortização seja uma só, o que econOmicamente as saciedades não preferem.

4.PRESSUPOSTOS ESPECIAIS DA INSCRIÇÃO. A inscrição é *unitária,* no sentido de se referir ao total dos títulos que se vão emitir. Só o constituinte da hipoteca ou ele e o devedor, se são diferentes pessoas, têm de nominativamente constar do que se inscreve, provisória ou definitivamente. Beneficiados são todos os que tomam os títulos e aqueles que os adquirem dos tomadores ou possuidores sucessivos, segundo os princípios que regem a respectiva circulação. O valor inscrito há de ser a soma de todos os valores nominais dos títulos.

5.EXERCÍCIO DOS DIREITOS HIPOTECÁRIOS. É de afastar-se que se dê comunhão externa de direitos reais de garantia.

Há tantas hipotecas quanto os títulos, a despeito da unidade de

inscrição e de funcionamento. Há o exercício de cada direito de hipoteca, independentemente do exercício pelos outros titulares a respeito de outros direitos de hipoteca. Diz o Decreto-lei n. 781. de 12 de outubro de 1938, art. 1.0:

"Os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures) contraídos pelas sociedades anônimas, ou em comanditas por ações, ou pelas autorizadas por leis especiais, criarão, quando tal condição constar do manifesto da sociedade e do contrato devidamente inscrito, uma comunhão de interesses entre os portadores dos títulos da mesma categoria, a saber, emitidos com fundamento no mesmo ato, subordinados às mesmas condições de amortização e juros, e gozando das mesmas garantias". Não se trata de pessoa jurídica, que se sobreponha aos portadores (aliás, já assim o Decreto n. 22.431, de 6 de fevereiro de 1933, que o Decreto-lei n. 781 revogou). Mas sim de comunhão de interesses que dá ensejo a deliberações em assembléia geral, à semelhança do que ocorre com os condomínios e outras comunhões de direitos. A comunhão de interesses inicia-se com a assinatura dos tomadores na lista de subscritores, esteja, ou não, garantida por hipoteca a subscrição, razão por que não é aqui o lugar para os pormenores. Se há títulos de diferentes categorias, a cada categoria corresponde uma comunhão de Interesses. Se, a despeito da diferença de categoria, a hipoteca os garante igualmente, há comunhão de interesses no tocante à hipoteca.

§ 1.502. Títulos representativos e hipoteca

1.HIPOTECA A FAVOR DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS. Se, por um lado, os títulos representativos oferecem maior segurança do que os títulos de crédito, pessoais, sem qualquer representação de coisa, por outro lado o bem representado pode perecer, ou ser criminosamente retirado. É o que acontece com os conhecimentos de depósito e outros títulos. Para se reforçar ~ segurança, os sistemas jurídicos permitem a hipoteca a favor dos títulos representativos.

Sempre que há nascimento da pretensão à prestação do bem representado, passa a hipoteca a ser garantia do adimplemente dessa pretensão. Outrossim, no caso de qualquer sub-rogação real do título representativo por outro titulo, de crédito simples ou representativo. Desde que se preste bem corpóreo ou bem incorpóreo, que não contenha promessa de prestar, extingue-se a hipoteca, porque se deu solução e, pois, desaparecimento do crédito.

Se o titulo representativo foi concebido com alternatividade dos bens representados, garante a hipoteca o adimplemento conforme os princípios concernentes à alternatividade dos objetos representados e à representação.

A hipoteca a favor de títulos representativos garante que o promitente preste o que corresponde à incorporação no titulo. Enquanto não há extinção da obrigação, o bem continua gravado e pode ser feita a execução real. Nada obsta a que se cumulem as duas ações reais, a ação oriunda do titulo representativo e a ação oriunda da hipoteca.

Aquela tem de ser julgada primeiro, por ser sucessiva a cumulação.

2.INSCRIÇÃO E CANCELAMENTO. O que se disse sobre Os títulos de crédito, ao portador, nominativos e à ordem, é Invocável a propósito dos títulos representativos, *inutatis Inutandis,* conforme a lei da sua circulabilidade. Também nada obsta a que o dono do titulo ou o credor que figure no titulo nominativo exerça as ações pessoais que tem, portanto fora da ação executiva hipotecária, que é ml; inclusive se, a seu líbito, inicia ação de condenação, abstraindo de qualquer eficácia executiva do titulo que tem. As ações executivas reais são cumuláveis; bem assim as ações executivas real e pessoal.

CAPITULO XIV

CONTEUDO DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 1. 503. Hipoteca Imobiliária e hipoteca mobiliária

1.HIPOTECA IMOBILIÁRIA. A hipoteca imobiliária é a hipoteca típica, a hipoteca modelo. No direito contemporâneo, a admissão de hipotecas mobiliárias só se fez a custo e sob a pressa do desenvolvimento da indústria de transportes.

O crédito imobiliário tem por função principal permitir aproveitamento da terra, ou melhor aproveitamento, quer na agricultura quer em construções. Á inversão é mais segura. O desenvolvimento das cidades deve-se, em grande parte, ao crédito imobiliário. Todavia, mal se estendem elas, os impostos crescem e o preço das terras atinge índices exagerados. No meio disso, a falta de escrúpulos dos aproveitadores e interme diários, com empréstimos em

parte desviados desonestamente, reproduz no Brasil o quadro que se estudara antes da primeira guerra mundial na Europa.

2.HIPOTECAS xonnakrnàs. As hipotecas sobre navios e aeronaves atenderam a que tais bens, embora móveis, são de tal monta na indústria de transportes como se fossem terrenos que caminham e tão unos em sua complexidade de construção material, que melhor fora tratá-los como se fossem terrenos.

A hipoteca sobre estradas de ferro é o meio termo entre a hipoteca dos prédios, construídos ou não, e as hipotecas de navios e de aeronaves.

3.TIPICIDADE E PACTOS EXTRA-HIPOTECÁRIOS. A hipoteca, como os outros direitos reais de garantia, destina-se a obtenção, para o crédito, de eficácia *real.* Não seria suficiente dizer-se que tem por fito conseguir eficácia *erga oranes* (credores e adquirentes). Para isso, a lei concebeu esquema legal típico, de jeito que não se podem admitir pactos que desnaturem a garantia hipotecária, tal qual se estruturou através dos tempos. Tem-se, portanto, de proceder, muitas vezes, à discriminação do que é pactuável e do que é impactuável.

Quanto aos pactos meramente obrigacionais, os seus efeitos, pessoais, são apenas entre figurantes do negócio jurídico, e o problema de se saber se podem, ou não, ser insertos só se há de pOr no plano do direito das obrigações, no tocante à espécie de negócio jurídico de que se trate. Se tem existência, validade ou eficácia depende do que ai se resolve, sem se ter de inquirir da sua divergência com o conteúdo legalmente fixado da hipoteca. Passa-se o mesmo no que concerne ao que dois ou mais titulares de direito real de hipoteca, antes ou depois da inscrição, estipulam entre si, ou no que tange ao que se estabelece só entre credor ou devedor e terceiro constituinte da hipoteca ou adquirente do bem hipotecado.

Se o pacto não fere o direito real, pode ferir-se antes ou depois da inscrição. Na hipoteca voluntária, se o pacto tem eficácia real, para mais ou para menos, ou qualitativa, tem de ser entre titular do direito real de hipoteca e o dono do bem gravado (ou do enfiteuta), o que mostra que não vai até onde se tem afirmado o principio da acessoriedade da hipoteca. Pode-se dar garantia hipotecária a crédito contra alguém que não é figurante do acordo de constituição e, de regra, ainda contra a sua vontade.

A publicidade para os pactos ou é a da inscrição hipotecária, se ele é inserto na hipoteca, isto é, sobre matéria de autonomia da vontade, ou

a dos negócios jurídicos pessoais (para efeitos *erga omites).* A margem que se deixa aos pactos de eficácia real é pequena.

§ 2.504. Direitos inclusos

1.INTEGRIDADE DO BEM GRAVADO. O titular do direito real de hipoteca assume posição que se assemelha, sem confusão, às que tocam aos titulares dos outros direitos de garantia e, em melhor escala, à dos titulares de direitos reais limitados

de uso ou de fruição. O bem não é dele, mas algo do bem fica a encher o conteúdo do seu direito. Nos direitos de garantia, à diferença do que ocorre com os outros direitos reais limitados, há dois períodos: o período *estático,* caracterizado pela permanência do gravame sem qualquer *extração* ao bem, salvo na anticrese, e o período da *execução forçada.* Â anticrese fica entre duas classes de direitos reais limitados, embora direito real de garantia, porque o período estático coincide com o da execução voluntária, ao longo daquele.

Na hipoteca, no penhor e na anticrese há o direito à integridade do bem gravado. Todo ato que possa diminuir o *valor* do bem ou o *valor produtivo* (anticrese) é vedado. Existe, portanto, direito à integridade do bem. A Esse direito correspondem pretensões e ações que evitem as ofensas à integridade do bem e tendam à reparação ou reforço da garantia. O direito à integridade dirige-se contra todos, inclusive contra o adquirente do bem; porque se trata de direito real. Demandado pode ser o dono, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o locatário, mas todos como alguém dentre todos. As pretensões do titular do direito hipotecário não podem ser todas as que teria o titular do direito de usufruto, de uso ou de habitação: não usa nem frui o bem gravado. O que lhe interessa é que, no momento da eventual execução forçada, o valor do bem gravado não seja menor do que aquele que tinha ao ser constituída a hipoteca.

Todavia, atos vedados são os atos positivos e os atos negativos (omissões), que ofendam a integridade da coisa, diminuindo-lhe o valor. Quanto à responsabilidade do ofensor, quer por ato positivo quer por ato negativo, rege-se pelos princípios gerais.

As pretensões e ações são as ações cautelares, a cominatória e a condenatória.

O que se proíbe não é qualquer *mudança* no bem gravado, nem, sequer, qualquer *diminuição;* mas sim qualquer mudança que altere

para menos o valor.

A mudança prejudicial ao valor pode ser material ou funcional, ou de ordem jurídica *(e. g.,* renúncia à servidão, ou simples entrega de posse que era útil ao bem, a fim de ou de modo que não se opere usucapião de terreno ou de serviço aparente).

Qualquer perigo de diminuição do valor do bem gravado, de jeito que se possa alegar e provar, permite a ação cautelar. A pretensão à medida preventiva não supõe que a diminuição seja tal que torne insuficiente o bem à segurança do crédito:

o que garante, na hipoteca e no penhor, a divida, não é o *valor* que baste à solução da divida, é o *valor* do bem.

Ninguém aceitaria para garantir crédito de *x* o que somente valesse z. O valor maior há de garantir o menor, tanto mais quanto não se sabe, ao certo, o que daquele terá de ser deduzido antes de se solver a divida.

a)A pretensão à medida cautelar não se confunde com a ação de embargo de obra nova (nunciação de obra nova), que supõe propriedade ou posse (Código Civil, arts. 573, 576, 582-

-586, e Código de Processo Civil, arta. 384-392). O credor hipotecário não tem a ação nunciatória, nem a pretensão cautelar de que aqui se cogita é análoga à denúncia de obra nova (sem razão, GINO GORLÁ, Pegno-Ipoteca, *Commentario* de A. SCIALOJÁ e G. BRANCA, VI, 431).

A medida cautelar pode consistir na cessação dos atos perigosos (não demolição ou desfazimentos), com alguma cominação em dinheiro, ou caução, ou de vedação. A caução pode ser a medida cautelar pedida de inicio. Nos casos extremos, pode ser dado o seqüestro (cf. A. CONIGLIO, *Seqüestro,* 2.a ed., 42 5.; Xi". DEONI, DelIe Ipoteche, *Commentario* de D.AMELIo, VI, 703). O direito de hipoteca, direito real, recai sobre a coisa, embora somente quanto ao valor.

b) O titular do direito real de hipoteca tem a ação declaratória, a ação confessória e as demais que lhe bastem para que o dono do bem gravado e quem quer que seja respeite o seu direito. Se alguém está usucapindo o bem gravado *livre de ravame* cabe-lhe interromper Esse curso, para o que lhe é de mister exercer algum dos atos interruptivos, sendo o mais apropriado a citação na ação confessória, que tanto se pode dirigir contra o dono atual quanto contra quem se diga dono ou se porte como se fora dono. Também lhe é dado propor as açoes de que acima se falou contra quem *nega* a servidão a favor do

fundo hipotecado, porque essa perda diminuiria o valor do bem, e a hipoteca apanha os direitos acessórios (Código Civil, art. 811). Não se precisa da figura alienígena da ação sub-rogatória: o titular do direito real de hipoteca tem, *jure próprio,* aquelas ações, em relação a todo o *objeto* da hipoteca. As ações que não lhe cabem são as ações que somente competem a quem tem uso e fruição. O que se diz titular de servidão contra o bem pode exercê-la sem que tenha qualquer importância para o titular do direito real de hipoteca a sua atitude de exercício, se o titular do direito real de hipoteca fez decidir-se que o objeto da hipoteca não sofre tal restrição, ou se o fez citar em ação em que se possa decidir tal questão. Há, ainda, os outros meios de interrupção.

Alguns juristas estrangeiros recorrem, ai, a expedientes e raciocínios desnecessários. O mal está em que não atendem à natureza do direito de hipoteca, que é real e não só *contra* o dono do prédio.

c) No sistema jurídico brasileiro, as sanções contra fatos ilícitos que rebaixem o valor da coisa são: *a)* a pretensão à indenização; *b)* a pretensão ao reforço da hipoteca (Código Civil, art. 762, 1); *c)* o vencimento antecipado da hipoteca. Não se precisa pensar em culpa do devedor, ou do dador da garantia ou terceiro adquirente, para se exigir o reforço ao devedor, O devedor tem dever e obrigação de reforçar qualquer que tenha sido a causa da deterioração ou lesão ao bem, se o valor decresce a ponto de ser verificável.

Se quem presta a indenização é o devedor, diminui-se tal quantia à divida, salvo se, sem a inversão, se depreciaria o bem gravado. Todavia, existindo crédito prelatício a inversão tem de ser feita, ou deposita-se o quanto. Se, durante a exigência da indenização, o proprietário restaura o bem, ou subtrai-se ao pedido o valor dos consertos ou reparações, se o demandado é o proprietário, ou se tem de prestar ao proprietário o valor delas, sendo outrem o demandado.

Se há hipoteca de inscrição anterior, tudo se há de resolver como se estivessem vencidas, devendo-se ter ao titular da hipoteca anterior, ou os titulares das hipotecas anteriores, como litisconsortes.

Cumpre advertir-se em que a ofensa ao valor é ofensa à coisa e, por haver proprietário, possuidor próprio, ou titular de direito real limitado de uso ou de fruição, ou de ambos, o que se presta, presta-se a esses titulares de direito, tendo-se de extrair do bem, oportunamente, o valor. É assim que se há de raciocinar para se resolverem os problemas que apareçam.

O proprietário do bem, dador terceiro da hipoteca, tem de ser litisconsorte necessário na ação de indenização, posto que só o bem garante a divida, tal como seja o seu valor ao tempo do vencimento. Litisconsorte passivo necessário é Ele se é co-responsável na ação pessoal de indenização. Nas ações de indenização em que não seja o demandado, ou litisconsorte passivo, pode- ser, sempre, litisconsorte voluntário, pois há Interesse no valor do bem.

A prestação ao titular do direito hipotecário é, em principio, ao tampo do vencimento, salvo se os interessados acordam na diminuição da divida. Todavia, se foi responsável o devedor, ou o terceiro dador da hipoteca, vence-se a divida (Código Civil, art. 762, 1 e IV). O responsável pode obviar a isso ou oferecendo reforço de garantia, ou atendendo ao pedido de reforço. Se o responsável reforça a hipoteca, com postergação de créditos prelaticios, a aceitação pelo titular do direito de hipoteca somente pode ser atacada por nulidade, anulabilidade ou ineficácia. A prestação de reforço sub-roga-se à pretensão indenizatória por diminuição ilícita do valor do bem gravado.

2. DEVER E OBRIGação DE REFORÇO DA GARANTIA. A obrigação de reforço não é análoga à que resulta da evicção, ou à que deriva da existência de vícios redibitórios: é obrigação ligada à conservação da relação jurídica de hipoteca, *ope legis;* é só atinente ao devedor, não ao terceiro dador ou adquirente, porque somente o devedor é que é interessado em que se não vençam o crédito e a hipoteca (Código Civil, arte. 954, II, e 762, 1). O

dador e o terceiro adquirente não podem ser intimados a reforçar; podem como demandados em ação de indenização por ato ilícito ou fato ilícito seu, pelo qual haja, segundo os princípios, de responder, ser constritos ou condenados a prestar a reparação ou a dar caução. Os seus fatos não fazem vencer-se o débito, nem a hipoteca.

§ 2.505. Alterações ao conte6do

1.ALTERAÇÕES E OUTROS GRAVAMES. As alterações ao conteúdo do direito de hipoteca, *e.* g~, elevação do quanto devido, pena convencional, ou diminuição ou elevação da taxa de interesses, somente se podem fazer, eficazmente, se há *acordo modificativo* entre titular do direito de hipoteca e dono (ou enfiteuta) do imóvel gravado, com o *assentimento* dos titulares de direito real limitado de grau igual ou posterior, uma vez que as alterações o atinjam. Não precisam desse

assentimento as mudanças de tempo e lugar do pagamento.

2.SUBSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. O crédito a que se refere a garantia somente pode ser substituído <novo crédito tem de ser garantido, cessa a garantia ao que estava garantido), por eficácia de contrato *real,* mediante acordo entre o dono do bem gravado (ou o enfiteuta) e o credor do nOvo crédito, averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285, *verbis* "quaisquer outras circunstâncias") e o consentimento de todos os que tiverem direito sabre o crédito substituindo. Se o credor não é o mesmo, tem de dar consentimento o credor anterior, porque a mudança implica transferência do direito de hipoteca. Para a eficácia da substituição não se exige a existência do nOvo crédito; e o nOvo crédito fica assegurado ainda que não existisse o antigo <*e.* g., era nulo o negócio jurídico, ou fora solvida a divida). Se o nOvo crédito não existe, tudo se passa como se fosse de agora a inscrição.

Se o importe do nOvo crédito é superior ao antigo, tem-se de fazer nOvo registro (O. WARNEYER, *Kornmentar,* II, 413). Todavia, é possível só se garantir o nOvo crédito até o valor do substituído.

A substituição pode ser apenas de parte do crédito antigo (G. PLANCK, *Kommentar, III,* 4.~ ed., 1050). Dois ou mais créditos podem substituir o que havia (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 588), ou vice-versa <se a hipoteca era uma só). Não se podem substituir muitas hipotecas a uma, ainda que o crédito tenha sido um só (G. PLANCK, *Kommentc&r,* IV, 1050; G. GÍJTRE, *Die Gr-undbuchordnung,* II, 1673).

Não se pode substituir crédito com a declaração de garantir outro crédito a hipoteca se o indicado não existe ou se solveu (G.PLANCK, *Kommentar,* IV, 1050; O. WÃRNn"ER, *Komrnenta.r,* II, 413).

A mudança de crédito é sem qualquer deito *real* antes da averbação. A averbação exige o consentimento do proprietário <ou enfiteuta) e do credor. Não há eficácia real contra quem havia de consentir ou de assentir e não consentiu ou não assentiu, O assentimento dos inscritos ao mesmo tempo e depois não é exigido, porque o valor do crédito nOvo não pode exceder o do antigo; nem o é o assentimento do devedor do crédito substituído.

A eliminação do crédito antigo não depende da existência do nOvo. O assentimento do credor anterior à mudança pode significar <não significa sempre) renúncia do credor à hipoteca. Se houve cessão, é preciso o consentimento do credor anterior para qualquer fixação dos

juros a partir de data anterior à cessão <3. BIERMANN, *Saekenrecht,* 587; diferente, G. GfrTHE, *Die u'irtachaftlichen und rechtlichen Gntndlagen ás modentem Hypothekenrechta,* 399).

O titular do direito de hipoteca pode exercer a ação de segurança ou cautelar, se teme que o bem se deteriore ou deprecie. Os atos que forem praticados dando causa a danos são ilícitos.

Se a hipoteca apanha as pertenças *(=* se houve hipoteca conjunta das pertenças, Código Civil, art. 810, II), a alienação *irregular* dessas é ato ilícito. A ameaça de alienação dá a pretensão à medida cautelar e a pretensão cominatória.

Os danos ao bem, a que corresponda ação d6 indenização, têm de ser indenizados, de modo que não venha a ser menor o valor do bem gravado. Não importa se a responsabilidade, na espécie, é com culpa ou sem culpa.

No direito alemão, tem-se entendido que o dano à hipoteca somente começa quando não basta, após Ele, para cobri-la, o valor do bem gravado (cf. Código Civil alemão, § 1.134). No direito brasileiro, a referência a

"desfalcar a garantia" deve entender-se a "desfalcar o bem garante".

3.RENUNCIA A PROPRIEDADE. Se o dono do bem gravado renuncia à propriedade, seja ele o constituinte, ou terceiro dador da hipoteca, ou adquirente do bem gravado, o domínio fica sem titular. A hipoteca nenhum óbice pode trazer a Esse ato jurídico unilateral (Código Civil, art. 589, 1, e § 1.0). Seria confundir-se a relação jurídica que corresponde ao crédito garantido com a relação jurídica real da hipoteca entender-se que a renúncia ao domínio, por parte do credor proprietário, elide o vínculo. Não há relação jurídica entre o titular do direito de hipoteca e o dono do prédio, ainda que tenha sido o constituinte da hipoteca: o acordo de constituição operou os seus efeitos; portanto, criou-se a relação jurídica real. Se alguém transferiu o domínio, houve o negócio jurídico de compra e venda ou outro e houve o acordo de transmissão; mas, transcrita a alienação, a relação jurídica real não é mais entre o adquirente e o alienante. Passa-se o mesmo no tocante à constituição de qualquer direito real. E

é por isso que, renunciando o dono ao domínio, o direito real continua, incólume ao ato de renúncia. Ao inadimplemento tem o titular do direito real de hipoteca a ação executiva hipotecária, sem que ao seu exercício possa haver qualquer obstáculo proveniente da

renúncia e conseqüente situação de *res nuflius* que se iniciou para o bem gravado. A própria inexistência de possuidor, além da inexistência de dono, não cria qualquer empecilho à ação executiva hipotecária, nem a seu exercício.

Tanto faz que alguém venha a adquirir, originariamente, a propriedade, se a causa de aquisição não foi também de aquisição da propriedade sem o gravame, o que só se pode dar se *também* se extinguiu o direito real.

4.ABANDONO DO BEM GRAVADO PELO DONO. Se, em vez de renunciar ao domínio, o dono o abandona (Código Civil, art. 589, III, e §§ 1.0 e 2.0), somente o pode abandonar quanto ao domínio, ficando escapos aos seus atos os direitos reais que gravem o imóvel. Se o Estado-membro, ou o Distrito Federal, ou a União, arrecada o bem, durante esse tempo, pode o titular do direito de hipotecar exercer os seus direitos, inclusive a pretensão à execução hipotecária. Tal continuidade se estende para além dos dez anos a que se refere o art. 589, § 2Y, quando a entidade estatal se faz senhora do bem. A aquisição da propriedade por ela de modo nenhum fere os direitos reais que persistam, segundo os princípios respectivos; nem poderia ofendê-los qualquer ato do poder público sem que assistisse ao titular de qualquer deles, que atingido fosse, a pretensão à tutela jurídica e as pretensões e ações ou exceções adequadas.

5.RENÚNCIA E ALIENação GRATUITA AO SENHORIO, PELO ENFITEUTA, EM CASO DE GRAVAME

DA ENFITEUSE. Se o bem é enfitêutico, mas a hipoteca recai no domínio, a espécie entra, normalmente, na que acima se explicou, quer tenha havido renúncia quer tenha havido abandono. O que aqui nos interessa é a renúncia pelo enfiteuta (Tomo XVIII, *§* 2.144, 2, 2.184), ou a alienação gratuita ao senhorio, negócio jurídico bilateral (Tomo XVIII, *§* 2.184, 1). O que passa ao senhorio é o que formava o conteúdo da enfiteuse, respeitados os direitos reais <§ 2.178, 1, 2, 4). O senhorio é terceiro adquirente do bem gravado, que aí é a enfiteuse.

6.DIVISÃO DO BEM GRAVADO. Se o dono ou enfiteuta do prédio hipotecado <o enfiteuta, ainda com o assentimento do senhorio, Código Civil, art. 681, 2.ª parte) o *divide* em glebas, ou lotes, e nenhum dos adquirentes promove a remição do todo, a divisão é ineficaz contra o titular do direito de hipoteca. Assim, no caso de inadimplemento, pode ele penhorar o todo e exigir a hasta pública de

todas as glebas ou lotes como se a divisão não tivesse ocorrido.

§ UDO. Eficácia real executiva da hipoteca

1.EFICÁCIA REAL E PREFERÉNCIA OU PRELação. O titular do direito de hipoteca pode executá-la logo que lhe nasça a ação executiva real. Derroga-se o principio da *par condicio,* porque se vai contra determinado bem, afastando-se, enquanto não se satisfaz o crédito garantido pela hipoteca, os outros credores e até os direitos reais constituídos posteriormente à inscrição da hipoteca. A execução, aí, deriva da pretensão à solução mas, por se tratar de direito real, a absolutidade a faz contra quem quer que seja, salvo se há direito real que esteja, pelo registro, *antes.* Não se pré-excluem os outros credores; põem-se os outros credores em plano inferior, correspondendo aos respectivos graus. O devedor só é sujeito passivo do crédito garantido; sujeito passivo do direito real de hipoteca são todos <sujeito passivo total).

2.DEVEDOR E DONO OU ENFITEUTA DO BEM GRAVADO. -

O devedor pode ser dono ou enfiteuta e ter gravado o bem: ser devedor e dador da hipoteca é, ai, mera coincidência. As duas relações jurídicas têm estrutura e sorte próprias. A hipoteca pode pré excluir por prescrição da ação real, e não ter prescrito a divida garantida por ela; segundo as circunstâncias ou o pactuado, pode a hipoteca garantir o crédito prescrito. O concurso de credores do devedor pode ter repercussão na hipoteca, porém, se há terceiro dador ou terceiro adquirente do bem gravado, essa repercussão é apenas derivada dos arts. 762, II, e 954, 1 e II.

§ 2.507. Vantagem do termo e vencimento antecipado

1.NEGÓCIO JURÍDICO DE CONSTITUIÇÃO E ABSTRação. O acordo de constituição de hipoteca, ou o negócio jurídico unilateral que lhe faça as vezes, é abstrato. Uma vez que foi fixado o termo para o que se chama vencimento da hipoteca, que é a data da sua amortização e conseqüente executabilidade, e o devedor, intimado, em caso de deterioração ou depreciação do objeto hipotecado, não reforça a garantia, a divida antecipadamente se vence e, com ela, se torna executável a hipoteca. Antes, era estática a sua eficácia.

Abstrai-se da causa (onerosa, ou gratuita) e da culpa do devedor. Não se pode objetar ter havido força maior, ou caso fortuito. O que a lei impõe é que o valor da coisa seja restabelecido, ou pela inversão reparadora, ou valorizante, ou pela dação de nova garantia.

2.LIMITE LEGAL AO TÉRMO OU À CONDIÇÃO. O termo ou a condição somente podem ser eficazes se o acontecimento ocorre antes de se ultimar o prazo do art. 817 do Código Civil. Isse prazo começa de ser contado da data do acordo de constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição (art. 817, *verbis* “da data do contrato”); de jeito que a hipoteca pré exclui se não se dá prorrogação e ao terminar o último dia dos vinte anos o termo *voluntário* não foi alcançado ou não se ampliou a condição. Não se confunda com termo ou condição de vencimento.

§ 2 508. Vencimento da hipoteca

1.CONCEITO. Vencimento da hipoteca 4 o momento em que ao titular do direito de hipoteca é permitido exercer a pretensão a satisfazer-se sobre o bem hipotecado. Vencido o crédito, vence-se a hipoteca. Todavia, às vOzes os figurantes do acordo de constituição estipulam que o vencimento da hipoteca seja antes do vencimento do crédito; *e.* g., ao se iniciar a mora por falta de pagamento dos juros, cessão dos créditos de alugueres, locação por mais de cinco anos. Nada impede, por outro lado, que se faça a hipoteca só se vencer após dias ou meses de se haver vencido a divida garantida, ou o vencimento depender de interpelação.

No acordo de constituição ou no negócio jurídico unilateral de constituição de hipoteca, podem ser previstas as causas de vencimento além dos que mencionam os arte. 761, II, e 762; e. g., vencimento por morte do outorgante (6.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de agosto de 1938, *R. F.,* 76, 63), ou do outorgado.

2. INTERPELação. Se o vencimento da divida só se dá com a interpelação, também com a interpelação é que se vence a hipoteca. Então, se devedor e proprietário do bem gravado não são a mesma pessoa, a interpelação tem de ser a cada um, salvo se o interpelado comunica ao outro, judicialmente, o vencimento da divida ou da hipoteca em virtude da interpelação que lhe foi feita. Se há condomínio, ou co-enfiteuse, hão de ser interpelados pelo titular, ou avisados, judicialmente, pelo devedor interpelado todos os condôminos, ou co-enfiteutas. Para que os pressupostos da interpelação edital se componham, tem-se de obedecer às regras jurídicas especiais de interpelação.

Ainda que o titular do direito de hipoteca conheça a exatidão do registro, tem-se por proprietário, ou enfiteuta, quem conste do registro, e a interpelação dele é plenamente eficaz (O. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 880; J.

BIERMÂNN, *Saehenrecht,* 499).

Se, após a interpelação, ou a comunicação judicial da interpelação, é alienado o bem gravado, a eficácia persiste contra e a favor do adquirente. Não é preciso que se inscreva averbe a interpelação, nem, tão pouco a citação na ação executiva hipotecária.

Se o titular do direito de hipoteca é interpelado ou notificado ou recebe protesto feito pelo que inexatamente consta como dono e Ele não poderia reconhecer como tal, a eficácia de tal ato judicial depende

da situação sobre que depois se decida, com eficácia de coisa julgada material. Se o titular do direito de hipoteca tinha de o reconhecer como sucessor do constituinte da hipoteca, pela fé pública do registro, a inexatidão não lhe interessa para qualquer ato seu ou omissão sua. (A solução que ai damos ao delicadissimo problema suprise de O.

STRECKEE, em O. PLÂNCK, *Kommentar, III,* 4.s ed., 880, que atribui ao titular do direito de hipoteca reconhecer, ou não, a eficácia da Interpelação, notificação ou protesto, e de MABTIM WoLFP, *Lehrbuek,* III, 27.~-32.~ ed., 501, que lhe nega qualquer eficácia, se partira do proprietário que inexatamente consta do registro.) Se foi alienado o bem sem ainda se haver transcrito o acordo de transferência, ou em caso de falecimento do interpelado, é eficaz a Interpelação que se faz ao alienante, ou ao decujo.

3. DETERIORação OU DEPRECIação. A hipoteca súpos que o valor do bem gravado continue o mesmo, ou aproximadamente o mesmo. Se há danos ao bem, ou deteriorações naturais, ou qualquer diminuição de valor, nasce ao titular do direito de hipoteca a *pretensão ao reforço,* a que o devedor atende, ou, se não o obtém o titular do direito de hipoteca, vence-se a hipoteca <Código Civil, art. 762, 1), como a própria divida (art. 954, III). A origem da deterioração ou da depreciação é indiferente; *e.* 9., o bem gravado foi atravessado por estrada pública, ou rua, ou canal, desvalorizando-se (SCHtJLTZENSTEIN, Hypothek und Wegerecht, *Deutache Juriaten-Zeitung,* 16, 1.523-1528; cp. A. GERMEESHAUSEN, *Das Wegereckt mui dia Wegever'woltung in Preussen, I,* 3.~ ed., 4

a.).

4.INSOLVÊNCIA E FALÊNCIA DO DEVEDOR. No art. 762, II, o Código Civil faz causa de vencimento da hipoteca o cair em insolvência ou falência o devedor, o que também é causa de vencimento da divida garantida (art. 954, 1).

A insolvência ou falência que faz vencer-se a hipoteca é a do devedor cuja divida foi garantida. Se cai em insolvência ou falência o terceiro dador da hipoteca ou o adquirente do bem gravado, nem se vence a dívida, nem a hipoteca, mas abre-se o concurso de credores do dono do bem gravado, e do que for apurado se deduz o necessário ao pagamento da dívida garantida, depositando-se para solução ao tempo do vencimento, se não houver acordo para solução antecipada.

É preciso que se dê a insolvência ou a falência para que o pressuposto

do art. 762, II, do Código Civil se componha (cf. art. 954, 1 >. Não basta que haja insuficiência de resíduo patrimonial para que se caracterize a situação prevista no art. 954, 1, ou no art. 762, II: ali, fala-se de abertura de concurso de credores; aqui, de queda em insolvência, ou falência. Sem razão, na esteira de juristas do século passado, F. PALUMBO <*La Concessione d'ipoteca da parte dei terzo,* Si >.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Após empregarmos expressões como "vencimento da hipoteca", ."hipoteca vencida" <*e.* g., Código Civil, art. 813) e "pagamento da hipoteca", convém frisarmos que se trata de trasladação de termos de direito das obrigações para o direito das coisas, para se evitar acúmulo de terminologia (MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* ~ 27A-32.~ ed., 465). Em verdade, hipoteca não se vence, nem se paga hipoteca: a hipoteca começa de ser executável; a hipoteca extingue-se pela prestação do devedor ao credor, isto é, por se extinguir pelo pagamento o crédito.

6.NÃO-PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AO TEMPO DE SEREM PAGAS. Se não se paga a prestação, ou alguma prestação, pontualmente, vence-se a hipoteca *(* = torna-se executável a hipoteca). É o que resulta do art.

762, III, do Código Civil. Tem de haver interpretação do terceiro dador da hipoteca, ou adquirente do prédio gravado, para que se dê por executável a hipoteca; mas basta a citação para a ação executiva hipotecária, devido a sua cominação inicial <Código de Processo Civil, art. 298, VI, e 299).

„7. PERECIMENTO DO OBJETO HIPOTECADO. Perecendo o objeto hipotecado, a hipoteca é executável sobre as pretensões à indenização, se existem. Não as havendo, extingue-se a hipoteca, sem qualquer conseqüência, que a de ter o credor a *pretensão à substituição* contra o devedor dador da hipoteca ou obrigado a dá-la.

8. DESAPROPRIação. A desapropriação que atinja o domínio e o direito real limitado ou só o direito real limitado tem a conseqüência de pôr o quanto da indenização ao dispor do credor, *depositando-se.* Pode dar-se a desapropriação, detrata a hipoteca, e então quem adquiriu o bem o adquire gravado de hipoteca.

§ 2.509. Terceiro dador da hipoteca

1.POSIÇÃO JURÍDICA. O terceiro dador da. hipoteca, por ato seu, presta a garantia. Não é como o adquirente do bem hipotecado, posto que venha a pôr-se em situação semelhante. Não é o devedor, de modo que nele as duas figuras se juntem. Não é fiador: a nada ele se obrigou; a obrigação real têm-na todos, ele inclusive. Com a dação da hipoteca, o terceiro submete à eventual execução forçada bem que não é do devedor. Por isso mesmo, não pode remir, como o terceiro adquirente. Contra o terceiro dador da hipoteca há ação de evicção e de indenização em caso de ineficácia da hipoteca por falta de propriedade, ou de inalienabilidade ou ingravabilidade do bem. Se adquiriu, após a hipoteca, o bem hipotecado, dá-se a *pós eficacização.* Responde pelos danos causados ao imóvel, porém no direito brasileiro o titular do direito de hipoteca não pode executar, desde logo, o bem gravado, porque não se dá, com isso, vencimento antecipado <*aliter,* Código Civil italiano, art. 2.743).

O terceiro dador da hipoteca não tem o beneficio de prévia execução. Só o fiador o tem (Código Civil, art. 1.491).

2.SUB-ROGação PESSOAL QUANTO AO CRÉDITO GARANTIDO. Assiste ao terceiro dador da hipoteca o *benef icium cedendarum actionum,* porque solve divida alheia (Código Civil, art. 985, III), como ao terceiro adquirente da hipoteca (art. 985, II). Enquanto não se cancela a hipoteca não é titular de direito de hipoteca sobre bem próprio, como se daria com o terceiro adquirente (art. 985, II) ; porque a sub-rogação pessoal não se operou em relação à hipoteca, o que acontece ao terceiro adquirente que solve a divida garantida por hipoteca.

Se o titular do direito de hipoteca impede que o terceiro dador da hipoteca se sub-rogue nos seus direitos contra o devedor, tem esse a ação de indenização. No art. 1.502, II, a fiança, em tal circunstância, extingue-se. ~ t aplicável o art. 1.502, II, à hipoteca? A resposta negativa impõe-se. Seria preciso haver regra legal, como em direito italiano (art. 2.869).

Se o terceiro paga a dívida garantida, a hipoteca extingue-se, e há a sub-rogação pessoal no crédito garantido

<Código Civil, art. 985, EU) e o mesmo se dá se quem a solve é o credor que paga a hipoteca para afastar a preferência (art. 985, 1). Sub-rogação pessoal também há se o adquirente do bem hipotecado

paga a divida (art.

985, II), mas no crédito garantido; enquanto não se cancela a inscrição, há hipoteca de proprietário.

A sub-rogação pessoal no direito de hipoteca só se dá se o titular de posterior hipoteca redime a anterior <Código Civil, art. 814, *§* 2.0) ou se estabelece hipoteca de proprietário. Não há sub-rogação, nem transferência do direito de hipoteca ao terceiro que solve a dívida garantida, confusão em que incorreu a 1.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Paraná, a 26 de junho de 1940 (E. E., 86, 650).

3.REMIÇÃO NA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro dador da hipoteca é que tem a faculdade de remir de que cogita o art. 986 do Código de Processo (~vil. Idem, seu cônjuge, descendente ou ascendente. N~, o devedor, ainda que tenha havido cumulação das ações executivas, real e pessoal, porque somente sobre bens que lhe pertencem é que o devedor tem o poder de remição.

O terceiro dador da hipoteca não tem o poder de remição *antes* da hasta pública, regulado nos arts. 814-816 do Código Civil.

4. "DANO IN SOLUTUM". Se o devedor dá em soluto, liberado fica o bem, nada mais pesando ao terceiro dador da hipoteca, ainda que o credor venha a sofrer evicção <Código Civil, arts. 1.107-1.117).

5. ação DE REGRESSO. O terceiro dador da hipoteca tem ação *de regresso* contra o devedor, à semelhança do fiador (Código Civil, arts. 1.495-1.497). Outrossim, contra o fiador do devedor; e contra outros dadores de hipoteca, porque a responsabilidade se distribui pelas quotas do débito que garantiram, ou pelas quotas no bem gravado se a garantia foi uma só. Tratando-se de fiadores não solidários, a distribuição é pelas quotas do débito que afiançaram.

6.ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA E ação EX CONJUTIVA PESSOAL. O terceiro dador da hipoteca é dono do bem. No momento da execução, pode ser possuidor próprio. A ação executiva real vai contra fie, porque tem ele interesse na execução; a execução forçada opera *erga onnes.* Na ação executiva pessoal, fie não é parte, porém, ao dar a alguém o direito de eventual execução do bem, supôs que a divida de outrem existisse e fosse eficaz.

O terceiro dador da hipoteca, que não foi parte na ação contra o devedor, ainda que executiva, pode opor ao titular do direito de hipoteca todas as exceções que o devedor poderia ter oposto e as que nasceram depois. O art. 1.502

do Código Civil não é invocável por analogia: as exceções que provêm de simples incapacidade pessoal do devedor são inoponiveis, exceto na espécie do art. 1.259, pelo fiador; não, pelo terceiro dador da hipoteca (certo, L. COVIELLO, *Delie Ipoteche nol diritto civile italiano,* 45 e.; contra, GINO COMÃ, *Le Gararzie reo2i de Tobbl4auioni,* 101 e 105, que tudo construía à maneira de fiança, porém não mais após o novo Código Civil italiano, no *Comentário* de A. SCIALOJA e G. BRANCA, VI, 601). O fiador garante o crédito ainda se o devedor era incapaz (com a exceção do art. 1.259); o terceiro dador da hipoteca não garante, com a hipoteca, a validade do negócio jurídico se há incapacidade do devedor, o bem garante o crédito, objetivamente. Todavia, pode ser pactuada a garantia para os casos de incapacidade, como de prescrição já ocorrida (hipoteca a favor de divida prescrita).

§ 2.510. Terceiro adqüirente do bem hipotecado

1.PosiçÃo JURÍDICA. A hipoteca não tolhe a alienabilidade do bem gravado. O direito de hipoteca é real e perdura, sem que se reflita nele a mudança dos titulares do domínio. Tão pouco importa que se haja perdido a posse. O terceiro adquirente da posse sofre o gravame como o terceiro adquirente do domínio, O terceiro dador da hipoteca está no lugar do devedor dono do bem que o hipotecasse; e não no lugar do terceiro adquirente. O

herdeiro do devedor, dador da hipoteca, que lhe sucede na propriedade do bem gravado e na dívida, é terceiro adquirente; outrossim, o legatário, a que foi dado o encargo ou a obrigação pessoal de pagar a dívida. Idem, o fiador ou o obrigado solidário que adquiriu o fundo hipotecário. Em princípio, podem remir, o que não só se atribuiu ao terceiro adquirente não-devedor <Código Civil, arts. 815 e 816).

É preciso ter-se em vista o art. 766 do Código Civil: “Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo”. No art. 766, parágrafo único, acrescenta-se: “O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito”.

O adquirente que já estava pessoalmente obrigado por parte do crédito 6 terceiro adquirente, como se, co-herdeiro, recebe todo o bem gravado, ainda se não pagou a sua quota no débito ou se o débito ficou a seu cargo.

Não importa qual o modo de aquisição <derivada ou originária). Na usucapião, se o usucapiente entendia que o bem estava hipotecado, não pode usucapir sem haver gravame. *Aliter,* se do que possuia era possuidor como se hipoteca não houvesse, ou como se essa se houvesse extinguido. A posse não nega a hipoteca, mas a ação executiva real pode ter prescrito, causando a extinção da hipoteca <Código Civil, art. 849, VI>.

i,Como se têm de considerar os que adquirem, após a inscrição da hipoteca, direitos reais limitados? Como terceiros adquirentes, porque à execução forçada podem sofrer com a extração do valor. Se a hipoteca foi constituída pelo proprietário, o enfiteuta, que adquiriu, depois, a enfiteuse, adquiriu bem dominicalnente e enfitêuticamente gravado <= duas hipotecas, numa só: a da senhoria e da enfiteuse). tésse enfiteuta é terceiro adquirente. Se foi constituído, depois da hipoteca, pelo dono <ou pelo enfiteuta, se a hipoteca era de enfiteuse ou também o era>, usufruto, uso, habitação, ou servidão, ou renda sabre imóvel, o titular de qualquer desses direitos é terceiro adquirente. Têm, por exemplo, direito de remição <art. 815 e 816>.

Terceiro adquirente somente há após a transcrição ou inscrição do direito que se adquiriu. Antes do registro, o outorgado do pré-contrato, ou do acordo de transmissão ou de constituição não é terceiro adquirente. Pode, em todo caso, intervir no processo executivo, e o registro do acordo de transmissão ou de constituição tem eficácia a *nuno,* salvo protocolização, prenotação ou inscrição provisória, quando cabe.

2. SUB-ROGação PESSOAL QUANTO À DÍVIDA GARANTIDA E QUANTO À HIPOTECA. O terceiro adquirente do bem hipotecado, solvendo a dívida garantida, sub-roga-se no crédito e na hipoteca. Faz-se titular de direito de hipoteca sobre bem próprio até que se proceda à cancelação <Código Civil, arts. 985, II, e 850).

Compõe-se, então, a figura da hipoteca de proprietário.

O terceiro adquirente que pagou os credores inscritos, ou que sofreu a execução forçada, tem ação de perdas e danos contra o alienante, a despeito de ter de ser conhecida pelo registro público a hipoteca, ou

ela e outros gravames o serem, salvo se mencionar a hipoteca ou se mencionarem os gravames; porque seria de supor que o devedor solvesse as dividas <sem razão, Á. CARABELLI, *II Diritto ipoteoario vigente nel Regno Lombardo-Veneto,* II, 457; certo, L. CovIELLo, *Deile Ipoteche miei diritto civile italiano,* 407).

O terceiro adquirente evicto, porque o dador da hipoteca que se liberara foi desmentido pela ação contra o terceiro adquirente, não se sub-roga nos direitos do credor contra o fiador e o dador da hipoteca.

3.REMIÇÃO ANTES DA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro adquirente pode remir a hipoteca

<Código Civil, art. 815). Ou o credor recebe o preço oferecido, ou requer que o imóvel seja licitado (art. 815, §§

1.0 e 2.0).

4. "DATIO IN SOLUTUM". Se o devedor dá em soluto, com a extinção da divida fios liberado o bem, mas, sobrevindo evicção, responde pelo débito até a quantia garantida. Os juristas que trataram da questão silenciam sobre a natureza da divida do terceiro adquirente do bem, que foi favorecido pela *datio in solutum.* A hipoteca, se ainda não foi cancelada, não se extinguiu, e não mais pode ser feito o cancelamento, porque a causa de extinção se apagou. Para isso, o interessado pode requerer a averbação da sentença, na inscrição, o que impede qualquer cancelamento pelo fato da dação em soluto. Se fora. feito, a sentença é bastante para que então se peça a retificação do registro.

5. ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro adquirente é parte na ação executiva real, sem ser devedor, porque o direito de hipoteca é perante todos: parte é Me, porque tem interesse na extração do valor do bem gravado.

A hipoteca apanha os frutos, enquanto pendentes, porque são parte integrante "separável". A penhora incide sobre Eles. Por isso, os que se comem após ela são devidos.

Quaisquer melhoramentos ao bem gravado, feitos pelo terceiro adquirente, são inclusos no bem (Código Civil, art. 811, alinsa 1.º). Não tem file pretensão à paga desses melhoramentos, nem a de separação. Qualquer assimilação da ação hipotecária à ação de reivindicação está superada. Se não se trata de adquirente do domínio,

ou de algum direito real limitado, e ocorre reivindicação, então cabem os princípios sobre benfeitorias. Quanto ao adquirente de domínio ou de direito real limitado, não. No sistema jurídico brasileiro, nem há a equiparação à reivindicação, nem cabe qualquer regra jurídica que se pareça com a do Código Civil italiano, art. 2.864, alínea 2.ª <"diritto di far separare daí prezzo di vendita la parte corrispondente ai miglioramenti eseguiti dopo la trascrizione dcl suo titolo, fino a concorrenza dei valore dei medesimi aí tempo della vendita").

Não há qualquer direito a benfeitorias, ainda necessárias; nem qualquer *direito de retenção.*

CAPITULO XV

REMIÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.511. Conceito e espécies de remição

1. CONCEITO DE REMIÇÃO. Conforme já vimos no Tomo XVIII, *§* 2.184, 5, remir é recomprar, readquirir, afastar, pagando, livrar-se, solvendo. De remir vem remição, que os inexpertos confundem com remissão. Se alguém r<ed>ime a hipoteca, prestando o que corresponde à garantia, dela fica livre o prédio. Remitir é que vem de *rersittere* e a *rernaio* é que corresponde *rernisado.* Não se remitem pecados, redimem

-se, rimem-se, a despeito do milenar Ono de latim. Redentor redime, rime; não remite. É difícil compreender-se que, com tantos alardes oratórios e polêmicos em tOrno do Código Civil, tenham escapado aos chamados linguistas erros como esse, de língua portuguesa, que atingem, fundamente, a terminologia mesma do direito.

2.HWarECA E REMIÇÃO. A propósito de remição da hipoteca, há, no Código Civil, as seguintes referências.

Diz a lei, no art. 814: "A hipoteca anterior pode ser remida, em se vencendo, pelo credor da segunda, se o devedor não se oferecer a remi-la". No *§* 1.0: "Para a remição, neste caso, consignará o segundo credor a importância do débito e das despesas judiciais, caso se esteja promovendo a execução, intimando o credor anterior para levantá-la e o devedor para remi-la, se quiser". E no *§* 2.0: "O segundo credor, que

remir a hipoteca anterior, ficará *ipao facto* sub-rogado nos direitos desta, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum 2.CONVENÇÃO DE BRUXELAS, DE 10 DE ABRIL DE 1926. No ad. 1.0 da Convenção de Bruxelas, de 10 de abril de 1926, foi firmada a principia de respeito pelos Estados às hipotecas e privilégios creditares concernentes aos navios conforme a lei da Estado que dá a nacionalidade do navio. No art. 2.0 explicitou-se sobre o navio, que sobre o frete de viagem durante o qual surgiu o crédito privilegiada e sobre os acessórios do navio e sobre os direitos acessórios do frete adquirido após a viagem são créditos privilegiados: as custas judiciárias devidas ao Estado e as despesas, feitas no interesse comum dos credores, para a conservação do navio ou para obtenção da venda e distribuição do preço; os direitas de tonelagem e de faróis; as taxas de pilotagem; os créditos resultantes do contrata de engajamento do capitão, da tripulação e das demais pessoas engajadas no navio; as remunerações devidas por salvamento e assistência, etc. As hipotecas e outras garantias sobre o navio vêm logo após os créditos privilegiadas mencionadas no art. 2.0 (ad. 3.0). O ad. 4? definiu o que entendeu a Convenção por acessórios da navio e do frete. A Lei n. 5.814, de 14 de outubro de 1930, aprovou a Convenção de Bruxelas.

§ 2.488. Acordos de constituição de hipoteca feitos fora do Brasil

1.INSTRUMENTação PÚBLICA ESSENCIAL AO ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. Diz o ad. 89 do Decreto n. 15.788: “A hipoteca de navio brasileiro constituída fora do Pais deve constar de escritura pública, lavrada pelo cônsul brasileiro da lugar do contrato, e ser inscrita, dentro de sessenta dias, na repartição encarregada do registra naval competente”.

A exigência está em vigor. O acordo de constituição tem de ser por escritura pública, lanada pelo cônsul do lugar *em que se conclui o contrato,* devendo ser inscrita, dentro de sessenta dias, na repartição encarregada da registro, que, na espécie, é sempre o Tribunal Marítimo.

A regra jurídica do Decreta n. 15.788, art. 8.0, não apanha o negócio jurídica básico; só se refere ao acordo de constituição.

2. AVENação PROVISORIA. Estabelece a ad. 8.0, § 1.0, do Decreto n. 15.788: “Para que a hipoteca, assim contratada possa valer contra terceiros, desde a sua data, deve a proprietário do navio, ou o credor hipotecário, antes de a realizar, ou até três dias depois de assinada a

escritura, requerer averbação provisória no registro do navio, declarando a importância da quantia, os juros, o lugar do contrata e a época do lugar do pagamento. Esta averbação provisória será ratificada e completada dentro de cinco dias depois de inscrita a hipoteca, no prazo legal". Antes de se concluir o acordo de constituição, permite o Decreta n. 15.788, art. 8.0, não revogado pela Lei n. 2.180, que o proprietário do navio ou o credor que espera lhe seja outorgada a constituição de hipoteca, portanto antes do acordo de constituição, requerer *averbação provisória* (não se disse "inscrição"). Pode fazer o mesma até terminar o terceiro dia após o acordo de constituição. Para isso basta que declare qual a importância da divida, os juros, o lugar do negócio jurídico básico e t época do lugar do pagamento. É interessante observar-se que não se exige haver o acordo de constituição, nem, sequer, promessa de acordo (pré-contrato separado, adjecto ou inscrito no registro jurídico básico).

"Inscrita a hipoteca", isto é, inscrito o acordo de constituição, que já existia ou foi feito depois, podem os figurantes, ratificando o requerimento (aliás, confirmando o requerimento de averbação provisória >, se ambos a requereram, ou qualquer deles, tornar definitiva a eficácia de gravame que a averbação provisória *adiantara.*

O fato de poder requerer tal averbação provisória qualquer dos figurantes do negócio jurídico básico suscita algumas questões.

Se o proprietário do navio, no caso de ter sido o credor o único requerente, ou esse, no caso de só ter sido o proprietário quem requereu, entende que lhe causa dano, ou não exprime a verdade, o que se comunica ao registro como acordo de constituição projetado ou feito, pode pedir a retificação ou o cancelamento da averbação provisória. Por onde se vê que a legitimação de um só dos figurantes é em virtude de presunção de consentimento da outro interessado para o requerimento de averbação provisória.

A averbação provisória é no registra em que se teria de fazer a averbação definitiva após a inscrição do acordo de constituição de hipoteca (ei. Lei n. 2.180, arta. 92 e parágrafo único, 98 e 99). A averbação é no registro da propriedade da embarcação. Se a embarcação está inscrita em capitania de portos, o requerimento de averbação é feito ai, aí se faz a averbação provisória, devendo ser remetidas ao Tribunal Marítima o requerimento e a documentação, onde, observada a exigência de (novo) registro no Tribunal Marítimo, se procede à (nova) averbação provisória. A eficácia da averbação provisória é desde o dia em que se lhe deu entrada na repartição em que se fizera o registro da embarcação.

A averbação provisória, requerida em caso de hipoteca em que se espera acordar no estrangeiro, pode sobrevir acordo de constituição leito no Brasil, por mudança de circunstâncias, sem que se retire, se os figurantes apontados são 08 mesmos, a eficácia excepcional da averbação provisória.

IA-se no art. 8.0, § 2.0, do Decreto ri. 15.788: “Independente de autorização do proprietário do navio, poderá o credor requerer a inscrição e ratificar a averbação da hipoteca”. Supõe-se que o outorgado pelo acordo de constituição do direito real de hipoteca tem poder para, sem o proprietária, requerer a inscrição e a averbação. A referência a “ratificar a averbação” atende ao casa, que é o de ter sido feita a averbação provisória. A ratificação ou é feita pelos figurantes, ou pelo proprietário de navio ou pela credor. O art. $□0, § 2.0, do Decreto n. 15.788

somente focalizou a última espécie.

Ainda a respeito de acordo de constituição feito no estrangeiro estatul o Decreto n. 15.788, art. 9.0: “No caso de hipoteca constituída no estrangeiro, deverá atender-se no que diz respeito à arqueação e tonelagem, que a arqueação seja calculada não segunda a tonelagem liquida, que indica a capacidade do navio, como meio de transporte, mas segundo a tonelagem bruta que fixa e determina o volume do navio, isto é, o seu valor”. Posto que inserta em decreta regulamentar, a art. 9.~ é de atender-se.

A matricula do navio e a inscrição da garantia real são as mesmas, quer o sistema jurídico conceba a direito de garantia sobre navio como de hipoteca ou como de penhor. Na sistema jurídico brasileiro, matriculado o navio, só se pode pensar em hipoteca. Então, o registro fio substitui a tradição, como se dá no direito alemão e noutros sistemas jurídicos: não há qualquer posse pelo outorgado. O navio é bem móvel hipotecável. Antes da matrícula, rege o direito sobre penhor comum (cf. H. BUEL, *Das Recht der beweglichen Saches,* 129); portanto, no direito brasileiro, há empenhabilidade, e não hipotecabilidade.

§ 2.489. Extinção da hipoteca de navios

1.CAUSAS DE EXTINÇÃO. As causas de extinção da hipoteca de navios ato as mesmas da extinção das outras hipotecas, que ainda serão expostas <§§ 2.515-2.526). IA-se na Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 108:

“A hipoteca naval considerar-se-á extinta, cancelando-se a inscrição respectiva: a) pela perda da embarcação; 2»

pela extinção da obrigação principal; o) pela renúncia do credor; *d*> pela venda forçada da embarcação; e> pela prescrição extintiva”. Na art. 103, parágrafo único: “O pedido de cancelamento será feito pelo interessada, seu representante legal ou procurador”.

A referência à venda forçada, qualquer que seja a causa, provém de se tratar de extração do *valor,* o que dá ensejo, de si mesmo, à solução da dívida e, pois, à extinção da hipoteca. No Código Civil, art. 849, VII, só se alude à arrematação ou adjudicação (assim, também, o Decreto n. 15.788, art. 23). Não se tire do art. 103 da Lei n. 2.180 que toda alienação forçada de navio importe em extinção da hipoteca. É o que mais acontece, porém pode ser alienado, forçadamente, sem que se extinga a hipoteca, se foi decidido pelo juiÃç e os editais de alienação explícitos em se alienar *com o gravame da hipoteca.*

Se o dono da bem gravado perde a propriedade por abandono ou renúncia, ou, em se tratando de navio ou aeronave,

o derrelinque, a hipoteca continua, indiferente às próprias formalidades registrárias da renúncia ou da derrelição do navio e da aeronave, que depende de registro.

2.PRAZO PRECLUSIVO. Além das causas enumeradas pela Lei n. 2.180, art. 103, há o prazo preclusivo do art.

817 do Código Civil.

3.CANCELAMENTO. O cancelamento rege-se pelo art. 851 do Código Civil. cancelamento da hipoteca é que a extingue, segundo os princípios que serão expostos ao tratarmos da extinção da hipoteca <§§ 2.515-2.526).

Há remição da hipoteca de navios como há remição da hipoteca de bens imóveis. Os princípios são os mesmos. O

adquirente do navio, se a aquisição tem de desnacionalizar o navio, não pode obter a eficácia real da transmissão antes de remir.

CAPITULO X

4.EFICÁCIA DA EXTINÇÃO. Sobre a matéria, veja-se o que dizemos sobre a eficácia da extinção das hipotecas em geral (§§ 2.516-2.526), sendo de notar-se, por exemplo, que a extinção por preclusão do prazo máximo opera automática-mente, a despeito do que se diz no art. 850 do Código Civil.

HIPOTECA DE AERONAVES

§ 2.490. Conceito e objeto

1. CONCEITO. Â concepção do direito real de garantia sobre aeronave como hipoteca, e não como penhor, atendeu às mesmas sugeat5es de técnica legislativa que militaram para se considerar hipoteca, e não penhor, o direito real de garantia sobre o navio. Trata-se de hipoteca mobiliária porque a aeronave é bem móvel. A tutela do comércio naval e aeronáutico levou os legisladores a conceber a hipoteca do navio e a hipoteca da aeronave. As diferenças entre as duas são mínimas. Não se abriu para a hipoteca das aeronaves a exceção que se estabeleceu para a hipoteca dos navios, no tocante a não hipotecabilidade da coisa futura. As aeronaves ainda em construção não são registáveis, de modo que não são hipotecáveis. Todavia, se já há inicio de construção, pode ser empenhável, como as aeronaves prontas e ainda não registradas, O registro da aeronave é a *matricida.* A matricula confere-lhe a nacionalidade (Decreto-lei n. 488, de 8 de junho de 1988, art. 20). “As aeronaves”, diz o art. 187 do Decreto-lei n. 483, “podem ser objeto de hipoteca, dependente de inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro e averbada na respectiva matricula”.

2.INSCRIÇÃO E AVERBação. O que se inscreve no registra aeronáutico é o *acordo de constituição.* O que se averba na matricula é a *inscrição* feita. O acordo de constituição, e não o negócio jurídico básico, tem de ser por escritura pública (Decreto-lei n. 483, art. 137, parágrafo único: “A constituição da hipoteca aérea exigirá escritura pública”).

§ 2.491. TransferênCia da propriedade e hipoteca de aeronaves

1.HIPOTECA DE AERONAVES E DOMÍNIO. De regra, a hipoteca da aeronave não impede a transmissão do domínio a quem quer que seja. O gravame continua de incidir, sem que a alienação tenha qualquer repercussão na relação jurídica da hipoteca, que é *real.* Todavia, por

motivos de ordem pública, o art. 138 do Decreto-lei n. 483, de 8‟ de junho de 1988, estatuiu: “As aeronaves, enquanto sujeitas a hipoteca no pais, não poderão ser transferidas para o exterior, sem o consentimento expresso do credor”. A transferência da propriedade teria de ser após o cancelamento da matricula no Brasil, porque se ter taxa de desconstituir o registro: o credor teria de consentir, por ser tal mudança de matricula mudança de nacionalidade e de estatuto, em direito internacional privado. A sanção contra o negócio jurídico de alienação é a incancelabilidade mesma da matrícula no Brasil enquanto não há o consentimento do credor, que perde a titularidade do direito real de hipoteca e talvez não venha a adquirir outro no estrangeiro. A alienação a estrangeiro, que se ache no Brasil, como residente, ou não, é impraticável, devido ao art. 22 do Decreto-lei n. 483, que só admite a inscrição de aeronaves privadas no Registro Aeronáutico Brasileiro, que forem de propriedade exclusiva de Brasileiro (ou Brasileiros) ou de pessoa jurídica brasileira, com sede no Brasil, gerência exclusivamente confiada a Brasileiros, e um terço, pelo menos, do capital social pertencente a Brasileiros, domiciliados no Brasil. A transferência para o exterior impõe cancelação da matrícula no Brasil, devendo consentir o credor hipotecário, posto que, no ad. 7□O, parágrafo único, se haja previsto que “a mudança de nacionalidade não prejudica os direitos anteriormente adquiridos”, o que o outro pais pode não estabelecer.

2.TERCEIRO DADOR DE HIPOTECA. A hipoteca de aeronave pode ser constituída pelo dono da aeronave para garantia do débito de outrem. Terceiro pode adquirir a aeronave hipotecada sem assunção da dívida garantida. Regem os princípios gerais.

II 2.490-2.498. HIPOTECA DE AERONAVES

5 2.492. Constituição da hipoteca de aeronaves

1.NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE VIVOS E OUTROS MODOS DE CONSTITUIÇÃO. A hipoteca de aeronaves constitui-Se pelos mesmos meios de constituição que a hipoteca imobiliária e a de navios. Tratando-Se de constituição entre vivos, de ordinário há o *negócio jurídico bdeico,* o *acordo de constituição,* o *consentimento para a inscrição* e a *inscrição.* Somente com a inscrição nasce o direito real limitado, o gravame da hipoteca.

Tudo que foi dito sobre a hipoteca imobiliária e a de navios é invocável a respeito da constituição da hipoteca sobre aeronaves.

No ad. 142 do Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, foi estabelecido: "Os atos constitutivos da hipoteca sobre aeronaves declararão, além dos requisitos usuais: a) a importância da divida garantida pela hipoteca, ou a sua estimação; lO os juros estipulados; e) a época e o lugar do pagamentO *cl)* as marcas de matricula da aeronave".

2.PLURALIDADE DE HIPOTECAS. O art. 143 do Decreto-lei nº . 483, expllcitamei4e, pôs por principio o que faz parte do direito comum sobre hipotecas: "O proprietário da aeronave poderá constituir, sobre esta, outras hipotecas, que obedecerão à ordem da inscrição". Os problemas que podem surgir tem a mesma solução que a respeito das hipotecas imobiliárias e das hipotecas de navios.

8.PLURALIDADE DE PROPRIETARIOS. o condômino de imóvel pode gravar a sua parte indivisa, independentemente do assentimento dos outros condôminos. No Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, ad. 16, também se inseriu regra jurídica que se parece com a do Decreto-lei n. 483, art. 144 ("A aeronave que pertencer a dois ou mais proprietários não poderá ser hipotecada sem o consentimento expresso de todos os condôminos"), razão por que remetemos ao § 2.484.

§ 2.493. Extinção da hipoteca sobre aeronaves

1.DECRETO-LEI N. 4~3, DE 8 DE JUNHO DE 1988, ntr. 154. No ad. 154 do Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, diz-se: "Extingue-se a hipoteca aérea: a) pela perda da aeronave; *b)* pela renúncia do credor; *c)* pela extinção da obrigação principal; cl) pela arrematação judicial ou adjudicação". São os incisos II, 1.~ parte, III, 1 e VII do art. 849 do Código Civil, respectivamente. Em relação à Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, ad. 103, a) a *e),* há a referência à "venda forçada da embarcação", que é matéria da letra cl), e omissão da "prescrição", de que se fala na letra *e).* Donde indagar-se se há a remição (Código Civil, ad. 849, IV), em se tratando de hipoteca de aeronaves, e a prescrição da ação real (art. 849, VI), além da preclusão de que cogita o art. 817 (vinte anos, a contar do acordo de constituição). A resposta é afirmativa, tanto mais quanto, no art. 146, o Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, enuncia: "Serão aplicáveis subsidiária-mente à hipoteca aérea os dispositivos da

legislação civil sobre essa matéria".

2.SUB-ROGação REAL. Nos casos de sub-rogação real, sem extinção da hipoteca, a hipoteca continua sobre a pretensão, a indenização ou a aeronave adquirida ou gravada em sub-rogação.

CAPÍTULO XI

HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO *§* 2.494. Conceito e objeto

1.CONCEITO DE HIPOTECA DE ESTRADA DE FERRO. As estradas de ferro podem ser hipotecadas a> se bens independentes, ou *b),* em hipoteca conjunta, como pertença de algum imóvel (Código Civil, ad. 810, II>.

As hipotecas sobre estradas de feno supõem, de qualquer modo, que *seja bem* distinto a estrada de ferro. É

interessante observar-se que, em se atribuindo à estrada de ferro ser bem distinto, pode haver *pertença,* móvel ou imóvel, da estrada de ferro. O Decreto-lei *ix.* 3.109, de 18 de março de 1941, regulou o registro das alienações de estradas de ferro. No Código Civil, ad. 852, diz-se que "as hipotecas sobre as estradas de ferro serão inscritas no município da estação inicial da linha", ao que o art. 180 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, atendeu:

"Os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha".

2.OBJETO DA HIPOTECA DE ESTRADA DE FEREO. O objeto da hipoteca de estrada de feno é, precipuamente, a estrada de feno, grupo de móveis, que a função assimila aos *itnóveia.* Em verdade, trata-se de bem imóvel, porque não há estrada de feno sem terreno em que passe e em que tenha as suas estações e depósitos.

As máquinas e vagões são partes integrantes, mas o imóvel é o cerne, imóvel que pode ser da largura indispensável ao movimento dos trens *ritais* as estações. O bem

-cerne não é o vagão, nem a locomotiva; é o terreno com as linhas férreas, ainda que esse terreno seja propriedade resolúvel, ou enfiteuse.

3.ABRANGÊNCIA DA HIPOTECA. Lê-se no art. 854 do“ Código Civil: “A hipoteca será circunscrita à linha ou linhas especificadas na escritura e. ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Não obstante, os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais, ou de parte considerável. do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que a garantia do débito lhes parecer com isso enfraquecida”. O objeto é o todo explorável, não se podendo dizer que os trens (locomotivas e vagões) sejam pertenças:

todos são partes integrantes. Tão pouco se pode dizer que o objeto da hipoteca seja a empresa de estrada de ferro.

§ 2.495. Constituição da hipoteca de estrada de ferro

1.REGRAS JURÍDICAS GERAIS. O que se disse sobre a constituição das hipotecas de imóveis há de invocar-se a propósito das hipotecas de estradas de ferro: a estrada de ferro é bem imóvel. As mesmas soluções hão de ser dadas aos problemas que surgem quanto ao negócio jurídico básico, quanto ao acordo de constituição, ao consentimento para a inscrição e a inscrição. Os princípios a respeito da hipoteca constituída em testamento são os mesmos; e as mesmas as exigências registrárias, quanto à herança e aos legados.

A respeito das hipotecas de estradas de ferro, incide o art. 810, II, do Código Civil: O “material de exploração” faz parte integrantemente da estrada de ferro; não é pertença. O que possa ser pertença, e não parte integrante, somente se tem por hipotecado se foi feita *hipoteca conjunta.* Basta, aliás, que se diga que a hipoteca da estrada de ferro é “com suas pertenças”. Os automóveis que a empresa tem para condução dos chefes de trem e mais empregados, a *fortiori* dos diretores e chefes de serviço, quando vão para o trabalho ou dele saem, não são material de exploração; são pertenças.

Sempre que as pertenças foram gravadas, as substituições e despertinencializações operam-se segundo os princípios que foram expostos quanto às pertenças dos prédios, havendo hipoteca conjunta.

II 2.494-2.496. HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO

O que se expôs no tocante à aquisição de hipoteca por terceiro, se

quem fez a gravação não foi pessoa legitimada a fazê-lo, tem inteiro cabimento.

2.BENS IMÓVEIS NÃO ATINGIDOS. Pode acontecer que a empresa tenha outros imóveis ou móveis que não façam parte da estrada de ferro, tal como foi registrada e hipotecada. A hipoteca da estrada nada tem, ai, com os outros bens, nem com a hipoteca a que acaso algum, todos ou alguns estejam sujeitos. O princípio da especialidade e o da publicidade das hipotecas afastam qualquer argumento a favor da hipotecabilidade da empresa, a despeito da conexão funcional que apresente~ A empresa que tem estradas de feno, aeronaves e navios pode. hipotecá-los, mas as hipotecas são distintas e sujeitas aos respectivos princípios, no que se livrem das regras jurídicas comuns.

3.HIPOTECA CUMULATIVA. Podem-se hipotecar, cumulativamente, duas ou mais estradas de ferro, ou estrada de ferro e bem ou bens imóveis ou móveis (navio, aeronave), que não sejam partes integrantes nem pertenças da estrada de ferro, ou das estradas de feno.

Os requisitos para a constituição da hipoteca cumulativa são os mesmos que exporemos no § 2.528.

Há conveniências facilmente discerniveis na hipoteca cumulativa, em se tratando de estrada de ferro. A deterioração pode diminuir consideravelmente o valor da garantia e os *outros* bens afastam a alegação de insuficiência.

§ 2.496. Extinção da hipoteca de estradas de ferro

1.CAUSAS DE EXTINÇIO. As causas de extinção são as mesmas das hipotecas de imóveis em geral. A retirada da permissão ou concessão de direito público é causa de extinção por se assimilar ao perecimento do objeto.

2.REGISTRO. É necessário o registro da extinção nos mesmos casos em que o é para as hipotecas de imóveis em geral.

Pode dar-se que a hipoteca se torne hipoteca de proprietário, uma vez que, na ordinariedade dos casos, somente com o cancelamento da inscrição se extingue a hipoteca.

Regem, a esse respeito, os princípios gerais que foram expostos.

CAPITULO XII

LETRAS HIPOTECÁRIAS

§ 2.497. Conceito e criação das letras hipotecárias

1.TÍTULOS DE DIREITO REAL. A letra hipotecária ou cédula hipotecária de que cogita o direito brasileiro não é a cédula hipotecária de outros sistemas jurídicos em que cada cédula corresponde a uma hipoteca. A letra hipotecária é título de direito real, título incorporante desse direito real limitado, que é a *hipoteca.* Hipoteca fez-se; e "dividiu-se" a hipoteca em letras hipotecárias, títulos incorporantes de cada fração. Direito incorporado é a hipoteca. Não se trata de titulo de crédito; e sim de título de direito real.

O Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, *que é lei,* no art. 13, § 1.~, estabeleceu: "Construída a hipoteca conforme o art. 49, § 6.0, ou cedida conforme este artigo, uma vez que a inscrição fique em primeiro lugar e sem concorrência, podem sobre elas as sociedades especialmente autorizadas pelo governo emitir, com o nome de letras hipotecárias, títulos de dívidas transmissíveis e pagáveis pelo modo que se determina nos parágrafos seguintes". No § 2.0: "As letras hipotecárias são Dominativas ou ao portador A letra hipotecária ou cédula hipotecária tem a grande vantagem da circulabilidade. Os inconvenientes da perda da. letra ou cédula são comuns a todos os títulos circuláveis e podem ser corrigidos pelos mesmos meios. No caso de hasta. pública do imóvel, a notificação tem de ser edital.

2.CONSTITUIÇÃO DA HIPOTECA E CRIação DOS TÍTULOS. Primeiro, constitui-se a hipoteca; depois.

subscrevem-se e emitem-se os títulos. Só os podem criar banco ou outra sociedade especialmente autorizada pelo governo.

A emissão das letras hipotecárias não pode exceder a importância da dívida ainda não amortizada, nem o décuplo do capital social realizado <Decreto n. 169-A, art. 13, § 6.0).

.*1.* X. CARVALHO DE MENDONÇA <*Tratado de Direito Comercial,* IV, Partes II e III, 79) escreveu que "as letras têm por garantia o crédito hipotecário constituído a favor do banco pelo mutuário, o fundo social

e a reserva". Não é isso o que dizia o art. 327 do Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890. Lá está escrito: "As letras hipotecárias têm por garantia: *§* 19 Os imóveis hipotecados. § 29 O fundo social. § 3□O O fundo de reserva". Ou a hipoteca é a favor do banco, que é mutuante, ou se transferiu a Ele, que a adquiriu, ou foi constituída pelo banco sobre bem de sua propriedade, ou enfiteuse, a favor dele mesmo (acordo de constituição a favor de si mesmo >, para a criação (autorizada) de letras hipotecárias.

A hipoteca pode recair num só imóvel, ou em dois ou mais; todavia, se o banco emite, a garantia é por todos os imóveis hipotecados, e não por um só (Decreto n. 370, art. 329:

"Fica entendido que as letras hipotecárias não têm garantia direta sobre tal ou tal imóvel hipotecado à sociedade: elas são garantidas indeterminadamente por todos os imóveis hipotecados (art. 334) ". É a figura da hipoteca cumulativa.

Na Lei n. 5.453, de 16 de janeiro de 1928, o art. 1.0 estabelece: "As letras hipotecárias, emitidas pelas sociedades de crédito real, que forem garantidas pelo Governo da União ou pelos dos Estados, terão, além dessa garantia, apenas a dos imóveis hipotecados". O art. 1.0 da Lei n. 5.453 somente concerne às emissões que a União ou os Estados-membros *garantem,* de modo que é pressuposto para a garantia estatal que haja apenas a inscrição e especialização de imóveis, salvo lei federal que derrogue a Lei n. 5.453. Têm-se como conseqüências: a) a hipoteca é sem incidência sobre todo o ativo da empresa de crédito real; lO se o preço dos bens especializados não dá para satisfação das pretensões dos portadores de letras hipotecárias, há a ação condenatória contra a entidade estatal ou contra a própria empresa de crédito, pelo restante. solidariamente.

Está derrogado no que se refere às sociedades de crédito real o art. 327, §§ 29 e 39, do Decreto n. 370.

A cédula hipotecária ou letra hipotecária não é titulo *constitutivo* da dívida. Antes da emissão das letras hipotecárias já há divida imobiliária do proprietário do prédio hipotecado. Dai dizer-se no Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 810, que "as letras hipotecárias representam os empréstimos hipotecários de longo prazo, pelo que a sua emissão não pode exceder a soma do valor nominal deles (art. 291)". No art. 291 acentuava-se que

"nenhum empréstimo hipotecário pode exceder a metade do valor dos imóveis rurais e três quartos dos imóveis urbanos", mas tal regra

jurídica não subsistiu com o Código Civil, *exceto para as letras hipotecárias.* Portanto, a emissão de letras hipotecárias supõe que a empresa haja observado o art. 291 do Decreto n. 370.

§ 2.498. Transferência de propriedade dos títulos ao portador e por endosso dos títulos nominativos 1.DUAS ESPÉCIES. As letras hipotecárias ou são nominativas ou ao portador (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 13, *§* 29; Decreto n. 370, art. 311~. As nominativas são transferiveis por endosso, mas sem que fique responsável pela solução da divida o endossante *(=* não há equiparação aos títulos cambiários).

Todavia, incide o art. 1.073 do Código Civil ("Na cessão por titulo oneroso, o cedente, ainda que se não responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu. A mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por titulo gratuito, se tiver procedido de má fé"). Idem, quanto aos arte.

1.074 e 1.075 do Código Civil. Assim é que se há de interpretar o art. 312 do Decreto *ii.* 370, que diz: "As letras nominativas são transmissíveis por endosso, cujo efeito é somente o da cessão civil, isto é, sem responsabilidade para o endossante". A parte final desse art. 312 não estava no Decreto n. 169-A, art. 13, § 3.o, e envolveu certa contradição, porque não é sem responsabilidade o endossante que só se submete às regras jurídicas sobre a cessão do direito comum.

A lei não tornou exclusiva a transferência por endosso das letras hipotecárias. A letra hipotecária é endossável, mas por outros meios pode se lhe transferir a propriedade (Decreto n. 870, art. 313: "A faculdade da transmissão por via de endosso não quer dizer que se proíba outro qualquer meio legal de transferir essa propriedade").

2.NEGOCIÀBILIDADE. As letras hipotecárias ao portador "transferem-se pela simples tradição", diz o art. 814

do Decreto n. 870. "Simples tradição" está, ai, por tradição sem endosso, e não no sentido técnico. A letra hipotecária ao portador pode ser alienada por tradição simples, por tradição *longa manu,* por tradição *brevi manu,* ou com o constituto possessório, etc.

A negociabilidade das letras hipotecárias é em qualquer ponto do território nacional (Decreto n. 870, art. 316:

"Podem negociar-se em qualquer parte as letras hipotecárias, qualquer

que seja a circunscrição territorial onde forem criadas"

O valor das letras hipotecárias não pode ser inferior a. cem cruzeiros (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 18, § *49;* Decreto n. 870, art. 315).

O limite de que se trata é mínimo, *legal.* Os atos jurídicos estatais que permitam emissões de letras hipotecárias podem estabelecer que sejam de maior valor, o que é aconselhável devido à desvalorização do dinheiro. Por outro lado, há autonomia da vontade desde que respeite aquele mínimo se ato jurídico estatal não preestabeleceu o valor.

3.DECRETO-LEI N. 1.844, DE 13 DE JUNHO DE 1989, ART. 1.0. No art. 1.0 do Decreto-lei n. 1.844, de 13 de junho de 1989, estabeleceu-se que "as operações sobre títulos de bolsa serão efetuadas exclusivamente por intermédio dos corretores e em público leilão". A interpretação que se tem dado a essa regra jurídica, no sentido de terem de ser em bolsa as operações sobre títulos de bolsa, inclusive se ao portador *(z* títulos negociáveis em bolsa, inclusive se ao portador), é equivoca: primeiro, porque não se diz qual a sanção (inexistência, invalidade ou ineficácia da operação, ou simplesmente falta da vantagem decorrente do registro das operações, *e.* g., por mudança de nome do titular, endosso ou tradição) segundo, não se revela até que ponto essa *lez specialis* atingiu o sistema jurídico brasileiro, no que concerne à circulação dos títulos cotáveis (negociáveis na bolsa).

II 2.497-2.499. LETRAS HIPOTECÁRIAS A interpretação, de que acima se fala, teria o enorme inconveniente de dificultar negócios jurídicos bilaterais em que uma das prestações fosse em títulos negociáveis em bolsa. Ter-se-ia de exigir o público pregão; e a oferta de maior preço impediria auto-regramento das vontades, atingiria o chamado "principio da autonomia da vontade".

O pregão de que se fala não pode ser senão meio de *publici~. dado,* e não de oferta ao público, ou de *invitatio ad ol 1 erendum.* Pregar vem de *praedicare* (predegar, preegar); e nada tem com deixar a outrem que dê mais, ou suba na oferta.

A melhor interpretação do art. 1.0 do Decreto-lei n. 1.344 é a que só atribui ao registro e ao pregão função de *publicidade,* de menção das operações, para que fique assente o que se passou na *história* da propriedade do titulo. Não há inexistência, nem invalidade, nem ineficácia das operações que se passem, por exemplo, na sociedade por ações, a respeito de ações nominativas, ou nas relações com ela ou

com terceiros, a respeito das ações ao portador, ou das debêntures. De modo nenhum se atribuiu ao registro e ao pregão a eficácia de transmissão *real* dos títulos cotáveis, como, a propósito dos prédios, ocorre com o registro de imóveis. A qualquer tempo o portador das ações ou das debêntures pode pedir o registro e o pregão.

A transmissão dos títulos rege-se pela lei respectiva, e não pelo art. 1.~ do Decreto-lei nº . 1.344. A eficácia do registro e do pregão é semelhante à do registro de títulos e documentos, na ordinariedade dos casos, isto é, onde não é exigido para a criação ou a eficácia real dos direitos. Por exemplo: no que se refere a propriedade das ações nominativas, é o termo de transferência lavrado no livro de transferência das ações nominativas, de que cogita o art. 27 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. A falta do termo de transferência não tem a conseqüência de tornar inválido o negócio jurídico; somente concerne ao *acordo de tranemisscto.* Não tem qualquer pertinência invocar-se, quanto ao negócio jurídico básico, o art. 145, III, do Código Civil, que considera nulo o ato jurídico, se foi preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. Enquanto não se transcreve o acordo de transmissão, que se seguiu à compra e venda do imóvel, ou outro negócio jurídico de alienação, não há transmissão (que é efeito) : nem por isso é nula a compra e venda ou outro negócio jurídico.

Enquanto não se lana e assina o termo de transferência das ações nominativas não há pensar-se em transmissão, posto que possa valer e ser eficaz o negócio jurídico básico. O termo só se refere ao acordo de transmissão. Tanto erram os que não separam o negócio jurídico, o acordo de transmissão e a transmissão (efeito) quanto os que, com imperdoável desconhecimento da técnica jurídica, vêem na operação na bOlsa a transmissão. Quem compra imóvel, como quem obtém cessão de ações nominativas, tem direito, pretensão e ação a que o promitente as preste; ainda não é dono delas.

CAPITULO XIII

HIPOTECA A FAVOR CIRCULANTES DE TITULOS DE CRÉDITO E REPRESENTATIVOS

§ 2.499. Amortização e execução forçada

1.SOLUÇÃO DA DIVIDA. A letra hipotecária ou é amortizada, ou se

executa forçadamente. Queimam-se as letras hipotecárias que foram amortizadas (Decreto n. 370, art 330). A queima apenas é cumprimento de dever de direito público. A reemissão é lançamento não-permitido de letras hipotecárias.

As letras hipotecárias que foram saldadas antecipadamente sêlam-se com sêlo especial (Decreto n. 370, art. 331); entram em sorteio com as outras e podem ser dadas à circulação, se advier nOvo empréstimo (art. 332).

2.INADIMPLEMENTO. Se a letra hipotecária não foi amortizada em tempo, pode o portador executar, forçadamente. a pretensão (Código de Processo Civil, art. 298, VII, 2.~ parte).

§ 2.500. Hipoteca a favor de títulos de crédito

1.ADMISSIBILIDADE DA HIPOTECA. A hipoteca pode ser a favor de títulos de crédito, que se adquiram como títulos ao portador ou por endosso.

a)Os titulo. nominativos podem ser garantidos por hipoteca, à guia do que ocorre com quaisquer créditos. Nada obsta a que a inscrição se refira a dois ou mais títulos de crédito, desde que se lhes dêem na inscrição todas as características com que foi feito o ato constitutivo (unilateral ou bilateral), alvo se ressalta a independência das hipotecas só formalmente unidas. Não cabe qualquer regra jurídica interpretativa, como se sugere noutros sistemas jurídicos: se há dúvida, não ressalta a Independência. Nas hipotecas legais, judiciais e judiciárias, tio-pouco há lugar para dúvida: ou a lei ou a sentença determinou o que se garantia.

b)Os títulos à ordem também podem ser garantidos por hipoteca. A hipoteca somente garante as obrigações cambiárias, ou cambiariformes ou oriundas de outros títulos à .perdem, que resultem de endossos posteriores à inscrição. Entende-se que cobre, também, a obrigação do emitente. Todavia, pode ser incluída a responsabilidade pelas obrigações decorrentes de endossos anteriores e excluída a responsabilidade pelas obrigações que emanem de endossos posteriores. Pode-se garantir com hipoteca a obrigação de um endossante, ou a que possa resultar de endosso a ser feito.

Ainda que se trate de titulo cambiário ou cambiariforme, a hipoteca restrita a classe, série ou determinado endosso é de natureza

extracambiária; e as restrições são oponiveis aos sucessivos endossatários, ainda se não constam do titulo. Se constam do título e não do registro, a ação seria a de ato ilícito.

A hipoteca pode ser constituída por terceiro dador

Para a inscrição, há de figurar o nome do tomador, ou do atual legítimo possuidor, ou quem, por ser endossatário, se diz legítimo possuidor, ou o daquele cuja obrigação se garante com a hipoteca, ou o daquele de que começa a garantia hipotecária.

c)Os títulos ao portador são suscetíveis de garantia hipotecária, porém não se pode distinguir quais os portadores a quem aproveita.

2.ANOTação. A hipoteca a favor de titulo de crédito pode ser anotada no titulo, no titulo nominativo, ou no titulo à ordem pode ser feita pelo oficial do registro da hipoteca, ou, se o. titulo não a comporta materialmente, pode ser-lhe anexado o traslado ou certidão da hipoteca. A anotação ou o traslado ou certidão têm fé no que respeita a haver sido constituída a hipoteca, não quanto a ainda existir, ser válida ou ser eficaz. Por outro lado, a falta de anotação ou de anexação de traslado ou de certidão de modo nenhum retira qualquer efeito à hipoteca. Não há, portanto, confundir-se essa anotação heterotópica com as anotações e averbações no registro de imóveis, ligadas à *publicidade* do registro a cada momento.

O endosso do titulo transfere, *erga omites,* a hipoteca, ainda que não tenha havido qualquer anotação, nem se haja anexado traslado ou certidão, e ainda que o endossatário de fato ignorasse a existência da hipoteca.

Tal eficácia tem quaisquer outras causas de transferência entre vivos do titulo de crédito. Por exemplo: subrogação pessoal, por ter havido pagamento pelo obrigado de regresso, ou pelo avalista.

3.CANCELAMENTO. A inscrição da hipoteca precisa de ser cancelada sempre que se extingue a hipoteca. Os princípios são os mesmos para todas as hipotecas. Após o cancelamento, as declarações e anotações no titulo de crédito somente podem dar ensejo a responsabilidade pessoal dos transferentes. A extinção da hipoteca, que não foi por extinção do crédito garantido, deixa intacto o crédito, com as pretensões de regresso.

1.ALIENação DE TITULOS E HIPOTECA: A) TÍTULOS ENDOSSVEIS. No Código Civil alemão, *§* 1.153, alínea 2.ª, diz-se que o crédito não pode ser alienado sem a hipoteca, nem a hipoteca sem o crédito. A relação de acessoriedade foi, ai, trans.formada em relação de interdependência. Sem regra jurídica escrita, não se poderia chegar à mesma conclusão: a hipoteca, de regra, não se pode transferir sem o crédito que ela garante; porém o crédito, se a hipoteca dele não consta, ou se não se trata de letra hipotecária, pode ceder-se sem a hipoteca.

A hipoteca que dá garantia a titulo ao portador transfere-se com ele, porque se dividiu por todos os títulos ao portador que ela garante, no momento mesmo em que se constituiu. A hipoteca a favor de titulo endossável circula com o crédito, pelo endosso. Esse a transfere, *erga omites.* Todavia, a hipoteca a favor de titulo cambiário ou cambiariforme oferece a particularidade de não se transferir cambiária ou cambiariformemente. A hipoteca não se incorpora no titulo cambiário ou cambiariforme. Não adquire a abstratividade da cambial. A inscrição pode ter sido anotada no título, mas perdurou externa:

com isso, prova-se que *houve* a inscrição, porém não que ainda haja, ou seja válida, ou eficaz. A diferença entre o título cambiário ou cambiariforme garantido com hipoteca e a letra hipotecária, que incorpora a hipoteca, é indiscutível.

A literalidade, autonomia das obrigações e abstratividade dos títulos cambiários, cambiariformes e alguns mais dizem respeito à classe em que se incluem. No que toca à hipoteca, essas características não se concebem: a inscrição é que importa e o seu estado a cada momento há de constar do registro; a despeito dos sucessivos endossos, não surgem novas obrigações, que se possam dizer autônomas, a hipoteca é a mesma. Pode-se enunciar que a hipoteca circula *(* a sua titularidade muda) com a circulação do titulo cambiário, cambiariforme, ou semelhante, mas a sua eficácia é sua, só sua.

Dai resulta que as exceções são oponiveis aos sucessivos endossantes, por parte do dono (ou enfiteuta) do bem gravado.

Todavia, as exceções concernentes ao crédito, exceções ligadas ao negócio jurídico básico, de que o acordo de constituição da hipoteca abstrai, são inoponiveis, porque o seriam no próprio setor do direito

de garantia hipotecária. Por exemplo: o pagamento já feito ao endossante, que conservou ou obteve a posse do titulo e o endossou, não extingue a hipoteca. Ai o efeito é da própria transmissão da hipoteca, na linha da titularidade.

As exceções relativas à própria hipoteca são oponíveis se constam do titulo de crédito *(e.* g., nulidade da inscrição mesma anotada no título, ou da anotação), ou se derivam do ato constitutivo, como se foi reformada ou rescindida a sentença que decretou a hipoteca judicial, ou deu ensejo à hipoteca judiciária, se há não-hipotecabilidade do bem, ou se ocorreu decretação ou invalidação de cancelamento.

A renúncia à hipoteca não se pode opor ao endossatário se não foi cancelada a inscrição antes do endosso.

A ação de fraude contra credores, no direito civil (Código Civil, arts. 147, XI, 106) ou no direito falencial (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53), não cabe contra o endossatário se esse adquiriu o titulo cambiário ou cambiariforme a titulo oneroso ou não (cp. Decreto-lei n. 7.661, art. 52, III e IV), sem intenção de prejudicar credores e ignorando a fraudulência da hipoteca (cf. PIo Prcno, *Revocatoria ordinaria e failimentare,* 100 s., 244 s.). Quanto ao art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, é preciso que também se prove a "intenção de prejudicar", no que concerne ao terceiro, de modo que a intenção de prejudicar por parte de quem constituiu a hipoteca e de qualquer dos endossantes anteriores não basta (apenas é um dos requisites a intenção dolosa daquele). O endossatário de boa fé está livre de tal alegação, que não se refere a Ele.

A indicação da hipoteca no titulo à ordem de jeito nenhum tem os efeitos da inscrição (MaIo CONDORELLI, *L'Ipoteca a favore delia massa degli obbligazionisti,* 71 >.

2.n) TÍTULOS AO PORTADOR. No sistema jurídico brasileiro, os títulos ao portador, cuja emissão observou a lei, podem ser garantidos por hipoteca. As *letras hipotecárias* não são títulos ao portador; ou nominativos endossáveis, garantidos por hipoteca: são títulos incorporantes do direito real de hipoteca. As *debêntures,* sim: títulos ao portador, que as sociedade anônimas e as comanditas por ações podem criar, são títulos abstratos (à base do negócio jurídico da criação deles pode estar negócio jurídico de mútuo, ou outro negócio jurídico), dão *prfrilé pio* sobre todo o ativo da empresa; não são títulos de direito *real* de garantia. Podem, todavia, ser garantidos por hipoteca, o que é outra coisa. Então, os diretores, antes de emitirem os

títulos, requerem a *inscrição provisória* dos bens sobre que dão a hipoteca, a favor dos futuros portadores de títulos. A lei fixa o prazo de seis meses, sob pena de preclusão, para a averbação, à margem da inscrição provisória, da definitiva constituição da hipoteca: a preclusão envolve responsabilidade solidária dos administradores da sociedade perante quaisquer prejudicados (Decreto n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 4~O, *§* 2.0; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 275 e 276). Qualquer portador de debêntures (debenturista) pode promover a averbação e sanar as lacunas, irregularidades, ou inexatidões, dentro, porém, do prazo dos seis meses (Decreto n. 4.857, art 275: "inscrição que será provisória para ratificação dentro de seis meses, a requerimento da sociedade ou de qualquer credor").

A inscrição provisória só é provisória porque pode acontecer, nos seis meses, que a sociedade não emita os títulos, ou por mudança das circunstâncias, ou porque não tenha havido reação favorável no público, ou no circulo de interessados. Não se trata de simples *protocolização* (Decreto n. 4.857, art. 262) ou *pré notação* (Decreto n.

4.857, arts. 206 e 208), mas de *inscrição,* posto que provisória. Dizer-se, como fazem Lísl ro Garcia (.4. i *nscrição* 182) e alguns juristas *(e. g.,* TRAJANO DE MIRANDA VÂLVME, *Sociedades por ações,* II, 180), que a inscrição provisória é espécie de "pré notação" da hipoteca "prometida", devendo-se fazer à vista de simples exemplares de jornais em que veio publicada a ata da assembléia geral da sociedade, é duplo Erro: a inscrição provisória é mais, formal e materialmente, do que a pré notação ou simples protocolização, que pode ser retirada pelo outorgado (Tomo XI, § 1.245, 5); ainda se pré notação ou protocolização fosse, exigiria escritura pública: não se pré nota nem protocoliza inscrição, ou transcrição, se a lei exige a escritura à inscrição (definitiva).

Quando a assembléia da sociedade por ações, ou outro órgão, que tenha competência para o ato, delibera *vender* e *transferir a propriedade* de algum imóvel, não se leva a registro a cópia dessa ata. Entende-se que se vendeu (negócio jurídico bilateral consensual) e se deram poderes para a assinatura do *acordo de transmissão,* ou que se deram poderes para se vender e se transferir a propriedade *(* = assinar acordo de transmissão). Para qualquer ato jurídico cuja lei de forma Impõe a escritura pública é de mister que se respeite a lei de forma. Ata de assembléia ou ata de reUnião de diretoria não é escritura pública. Os oficiais de registro não podem inscrever, transcrever.

Pré notar ou averbar o que não é discritivel, transcritivel, prenotável

ou averbável.

(É preciso que se não confunda a *declaração unilateral de constituição de hipoteca,* que é o que se inscreve provisoriamente e corresponde ao *acordo de constituição,* que é *id quod plerum que fit,* com a declaração de deliberação de dar garantia hipotecária às debêntures, que está, ai, no lugar do negócio jurídico básico, se não é simples deliberação de promessa, que haja de ser seguida de declaração-adimplemento. *A fortior4* com o negócio jurídico de lançamento de debêntures, de que resultam as debêntures, que a hipoteca vai garantir.) A provisoriedade da inscrição não é ligada à cautelaridade; é inspirada pela necessidade de se fazer depender de *ratificação* a inscrição. Tanto assim é que, em vez de se proceder à inscrição (definitiva), como acontece com as protocolizações ou anotações, apenas se anota, na inscrição já feita, a ratificação <Decreto n. 4.857, art. 275, *verbo* "ratificação").

Se a garantia hipotecária é dada por outra sociedade, e não pela emitente, a deliberação da assembléia geral apenas importa em declaração unilateral de vontade para compor o *acordo de constituição;* portanto, ou é oferta ou é aceitação. Se houve oferta do constituinte por escritura pública, tem de ser feita outra escritura com a reprodução do deliberado, para satisfazer as exigências de constituibilidade da hipoteca. Se a oferta teve de partir da sociedade, futura emitente, tem-se de dar forma de escritura pública ao resolvido em assembléia geral. As deliberações de alienação pelas assembléias gerais

ainda não são declarações de vontade transcritíveis no registro de imóveis; nem no são as deliberações de gravação.

Escusado é sublinhar-se que a garantia hipotecária indicada nos títulos ao portador, sem ter havido inscrição provisória (não caduca), ou inscrição definitiva, não tem a eficácia da inscrição, e os portadores apenas podem promover a ratificação, dentro do prazo para se ratificar a inscrição provisória.

3.MOMENTO DA INSCRIÇÃO. A hipoteca pode ser inscrita provisoriamente, ou definitivamente, desde que já exista a deliberação de emissão. Nada impede que seja definitiva, e não provisória, se já se deliberou a emissão; de modo que o ser definitiva ou provisória somente depende da sociedade ou firma que emite. A regra jurídica sobre inscrição provisória, ratificável nos seis meses, sOmente consta da legislação sobre debêntures, mas há de entender-se, por analogia, a respeito de quaisquer hipotecas em garantia de créditos a favor de

massa de tomadores e portadores.

Não importa se os tomadores já constam de lista de subscrição, ou se não constam, se já prestaram o importe ou parte do importe da aquisição dos títulos, ou não, se foi encarregado, ou não, outro qualquer estabelecimento da colocação dos títulos. A provisoriedade da inscrição tem-se de reputar expediente oferecido aos criadores e emissores, ou sOmente criadores dos títulos, para possível retirada, com a caducidade, embora se obriguem quanto aos prejuízos que a essa causem os criadores e, solidariamente, os seus órgãos.

A inscrição provisória presta-se à função de anunciar, de estabelecer confissão, com o papel, ou de *invitatio ad offeren* dvii, ou de *invitatio ad acceptandum.* Salvo intercalação de prestação total por outrem, a inscrição da hipoteca anterior à emissão é inscrição de hipoteca a favor de titulo *futuro.*

A deliberação de emitir ainda não é a *oferta ao publico,* declaração de vontade irrevogável. A emissão sup6e a comunicação ao público daquela deliberação e de que já se podem adquirir, desde o momento ou a partir de certo momento, os títulos. A inscrição provisória há de ser antes desse momento; a ratificação, dentro dos seis meses, analogicamente ao que se passa com a hipoteca a favor de debêntures.

Em vez do prazo de vencimento (Código Civil, art. 846, IX, *in une),* há de constar o plano de amortização. Nada impede que a amortização seja uma só, o que econOmicamente as saciedades não preferem.

4.PRESSUPOSTOS ESPECIAIS DA INSCRIÇÃO. A inscrição é *unitária,* no sentido de se referir ao total dos títulos que se vão emitir. Só o constituinte da hipoteca ou ele e o devedor, se são diferentes pessoas, têm de nominativamente constar do que se inscreve, provisória ou definitivamente. Beneficiados são todos os que tomam os títulos e aqueles que os adquirem dos tomadores ou possuidores sucessivos, segundo os princípios que regem a respectiva circulação. O valor inscrito há de ser a soma de todos os valores nominais dos títulos.

5.EXERCÍCIO DOS DIREITOS HIPOTECÁRIOS. É de afastar-se que se dê comunhão externa de direitos reais de garantia.

Há tantas hipotecas quanto os títulos, a despeito da unidade de inscrição e de funcionamento. Há o exercício de cada direito de hipoteca, independentemente do exercício pelos outros titulares a respeito de outros direitos de hipoteca.

Diz o Decreto-lei n. 781. de 12 de outubro de 1938, art. 1.0:

"Os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures) contraídos pelas sociedades anônimas, ou em comanditas por ações, ou pelas autorizadas por leis especiais, criarão, quando tal condição constar do manifesto da sociedade e do contrato devidamente inscrito, uma comunhão de interesses entre os portadores dos títulos da mesma categoria, a saber, emitidos com fundamento no mesmo ato, subordinados às mesmas condições de amortização e juros, e gozando das mesmas garantias". Não se trata de pessoa jurídica, que se sobreponha aos portadores (aliás, já assim o Decreto n. 22.431, de 6 de fevereiro de 1933, que o Decreto-lei n. 781 revogou). Mas sim de comunhão de interesses que dá ensejo a deliberações em assembléia geral, à semelhança do que ocorre com os condomínios e outras comunhões de direitos. A comunhão de interesses inicia-se com a assinatura dos tomadores na lista de subscritores, esteja, ou não, garantida por hipoteca a subscrição, razão por que não éaqui o lugar para os pormenores. Se há títulos de diferentes categorias, a cada categoria corresponde uma comunhão de Interesses. Se, a despeito da diferença de categoria, a hipoteca os garante igualmente, há comunhão de interesses no tocante à hipoteca.

§ 1.502. Títulos representativos e hipoteca

1.HIPOTECA A FAVOR DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS. Se, por um lado, os títulos representativos oferecem maior segurança do que os títulos de crédito, pessoais, sem qualquer representação de coisa, por outro lado o bem representado pode perecer, ou ser criminosamente retirado. É o que acontece com os conhecimentos de depósito e outros títulos. Para se reforçar ~ segurança, os sistemas jurídicos permitem a hipoteca a favor dos títulos representativos.

Sempre que há nascimento da pretensão à prestação do bem representado, passa a hipoteca a ser garantia do adimplemente dessa pretensão. Outrossim, no caso de qualquer sub-rogação real do título representativo por outro titulo, de crédito simples ou representativo. Desde que se preste bem corpóreo ou bem incorpóreo, que não contenha promessa de prestar, extingue-se a hipoteca, porque se deu solução e, pois, desaparecimento do crédito.

Se o titulo representativo foi concebido com alternatividade dos bens representados, garante a hipoteca o adimplemento conforme os princípios concernentes à alternatividade dos objetos representados e

à representação.

A hipoteca a favor de títulos representativos garante que o promitente preste o que corresponde à incorporação no titulo. Enquanto não há extinção da obrigação, o bem continua gravado e pode ser feita a execução real. Nada obsta a que se cumulem as duas ações reais, a ação oriunda do titulo representativo e a ação oriunda da hipoteca.

Aquela tem de ser julgada primeiro por ser sucessiva a cumulação.

2.INSCRIÇÃO E CANCELAMENTO. O que se disse sobre Os títulos de crédito, ao portador, nominativos e à ordem, é invocável a propósito dos títulos representativos, *inutatis Inutandis,* conforme a lei da sua circulabilidade.

Também nada obsta a que o dono do titulo ou o credor que figure no titulo nominativo exerça as ações pessoais que tem, portanto fora da ação executiva hipotecária, que é ml; inclusive se, a seu líbito, inicia ação de condenação, abstraindo de qualquer eficácia executiva do titulo que tem.

As ações executivas reais são cumuláveis; bem assim as ações executivas real e pessoal.

CAPITULO XIV

CONTECJDO DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 2 503. Hipoteca Imobiliária e hipoteca mobiliária

1.HIPOTECA IMOBILIÁRIA. A hipoteca imobiliária é a hipoteca típica, a hipoteca-modelo. No direito contemporâneo, a admissão de hipotecas mobiliárias só se fez a custo e sob a pressa do desenvolvimento da indústria de transportes.

O crédito imobiliário tem por função principal permitir aproveitamento da terra, ou melhor aproveitamento, quer na agricultura quer em construções. Á inversão é mais segura. O desenvolvimento das cidades deve-se, em grande parte, ao crédito imobiliário. Todavia, mal se estendem elas, os impostos crescem e o preço das terras atinge índices exagerados. No meio disso, a falta de escrúpulos dos aproveitadores e interme diários, com empréstimos em

parte desviados desonestamente, reproduz no Brasil o quadro que se estudara antes da primeira guerra mundial na Europa.

2.HIPOTECAS xonnakrnàs. As hipotecas sobre navios e aeronaves atenderam a que tais bens, embora móveis, são de tal monta na indústria de transportes como se fossem terrenos que caminham e tão unos em sua complexidade de construção material, que melhor fora tratá-los como se fossem terrenos.

A hipoteca sobre estradas de ferro é o meio termo entre a hipoteca dos prédios, construídos ou não, e as hipotecas de navios e de aeronaves.

3.TIPICIDADE E PACTOS EXTRA-HIPOTECÁRIOS. A hipoteca, como os outros direitos reais de garantia, destina-se a obtenção, para o crédito, de eficácia *real.* Não seria suficiente dizer-se que tem por fito conseguir eficácia *erga oranes* (credores e adquirentes). Para isso, a lei concebeu esquema legal típico, de jeito que não se podem admitir pactos que desnaturem a garantia hipotecária, tal qual se estruturou através dos tempos. Tem-se, portanto, de proceder, muitas vezes, à discriminação do que é pactuável e do que é impactuável.

Quanto aos pactos meramente obrigacionais, os seus efeitos, pessoais, são apenas entre figurantes do negócio jurídico, e o problema de se saber se podem, ou não, ser insertos só se há de por no plano do direito das obrigações, no tocante à espécie de negócio jurídico de que se trate. Se têm existência, validade ou eficácia depende do que ai se resolve, sem se ter de inquirir da sua divergência com o conteúdo legalmente fixado da hipoteca. Passa-se o mesmo no que concerne ao que dois ou mais titulares de direito real de hipoteca, antes ou depois da inscrição, estipulam entre si, ou no que tange ao que se estabelece só entre credor ou devedor e terceiro constituinte da hipoteca ou adquirente do bem hipotecado.

Se o pacto não fere o direito real, pode ferir-se antes ou depois da inscrição. Na hipoteca voluntária, se o pacto tem eficácia real, para mais ou para menos, ou qualitativa, tem de ser entre titular do direito real de hipoteca e o dono do bem gravado (ou do enfiteuta), o que mostra que não vai até onde se tem afirmado o principio da acessoriedade da hipoteca. Pode-se dar garantia hipotecária a crédito contra alguém que não é figurante do acordo de constituição e, de regra, ainda contra a sua vontade.

A publicidade para os pactos ou é a da inscrição hipotecária, se ele é

inserto na hipoteca, isto é, sobre matéria de autonomia da vontade, ou a dos negócios jurídicos pessoais (para efeitos *erga omites)*. A margem que se deixa aos pactos de eficácia real é pequena.

§ 2.504. Direitos inclusos

1.INTEGRIDADE DO BEM GRAVADO. O titular do direito real de hipoteca assume posição que se assemelha, sem confusão, às que tocam aos titulares dos outros direitos de garantia e, em melhor escala, à dos titulares de direitos reais limitados de uso ou de fruição. O bem não é dele, mas algo do bem fica a encher o conteúdo do seu direito. Nos direitos de garantia, à diferença do que ocorre com os outros direitos reais limitados, há dois períodos: o período *estático,* caracterizado pela permanência do gravame sem qualquer *extração* ao bem, salvo na anticrese, e o período da *execução forçada.* Â anticrese fica entre duas classes de direitos reais limitados, embora direito real de garantia, porque o período estático coincide com o da execução voluntária, ao longo daquele.

Na hipoteca, no penhor e na anticrese há o direito à integridade do bem gravado. Todo ato que possa diminuir o *valor* do bem ou o *valor produtivo* (anticrese) é vedado. Existe, portanto, direito à integridade do bem. A Esse direito correspondem pretensões e ações que evitem as ofensas à integridade do bem e tendam à reparação ou reforço da garantia. O direito à integridade dirige-se contra todos, inclusive contra o adquirente do bem; porque se trata de direito real. Demandado pode ser o dono, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o locatário, mas todos como alguém dentre todos. As pretensões do titular do direito hipotecário não podem ser todas as que teria o titular do direito de usufruto, de uso ou de habitação: não usa nem frui o bem gravado. O que lhe interessa é que, no momento da eventual execução forçada, o valor do bem gravado não seja menor do que aquele que tinha ao ser constituída a hipoteca.

Todavia, atos vedados são os atos positivos e os atos negativos (omissões), que ofendam a integridade da coisa, diminuindo-lhe o valor. Quanto à responsabilidade do ofensor, quer por ato positivo quer por ato negativo, rege-se pelos princípios gerais.

As pretensões e ações são as ações cautelares, a cominatória e a condenatória.

O que se proíbe não é qualquer *mudança* no bem gravado, nem, sequer, qualquer *diminuição;* mas sim qualquer mudança que altere

para menos o valor.

A mudança prejudicial ao valor pode ser material ou funcional, ou de ordem jurídica *(e. g.,* renúncia à servidão, ou simples entrega de posse que era útil ao bem, a fim de ou de modo que não se opere usucapião de terreno ou de servid5o aparente).

Qualquer perigo de diminuição do valor do bem gravado, de jeito que se possa alegar e provar, permite a ação cautelar. A pretensão à medida preventiva não supõe que a diminuição seja tal que torne insuficiente o bem à segurança do crédito: o que garante, na hipoteca e no penhor, a divida, não é o *valor* que baste à solução da divida, é o *valor* do bem. Ninguém aceitaria para garantir crédito de *x* o que somente valesse z. O valor maior há de garantir o menor, tanto mais quanto não se sabe, ao certo, o que daquele terá de ser deduzido antes de se solver a divida.

a)A pretensão à medida cautelar não se confunde com a ação de embargo de obra nova (nunciação de obra nova), que supõe propriedade ou posse (Código Civil, arts. 573, 576, 582-586, e Código de Processo Civil, arta. 384-392). O credor hipotecário não tem a ação nunciatória, nem a pretensão cautelar de que aqui se cogita é análoga à denúncia de obra nova (sem razão, GINO GORLÁ, Pegno-Ipoteca, *Commentario* de A. SCIALOJÁ e G.

BRANCA, VI, 431).

A medida cautelar pode consistir na cessação dos atos perigosos (não demolição ou desfazimentos), com alguma cominação em dinheiro, ou caução, ou de vedação. A caução pode ser a medida cautelar pedida de inicio. Nos casos extremos, pode ser dado o seqüestro (cf. A. CONIGLIO, *Seqüestro,* 2.a ed., 42 5.; Xi". DEONI, DelIe Ipoteche, *Commentario* de D.AMELIo, VI, 703). O direito de hipoteca, direito real, recai sobre a coisa, embora somente quanto ao valor.

b) O titular do direito real de hipoteca tem a ação declaratória, a ação confessória e as demais que lhe bastem para que o dono do bem gravado e quem quer que seja respeite o seu direito. Se alguém está usucapindo o bem gravado *livre de ravame* cabe-lhe interromper Esse curso, para o que lhe é de mister exercer algum dos atos interruptivos, sendo o mais apropriado a citação na ação confessória, que tanto se pode dirigir contra o dono atual quanto contra quem se diga dono ou se porte como se fora dono. Também lhe é dado propor as ações de que acima se falou contra quem *nega* a servidão a favor do fundo hipotecado, porque essa perda diminuiria o valor do bem, e a hipoteca

apanha os direitos acessórios (Código Civil, art. 811). Não se precisa da figura alienígena da ação sub-rogatória: o titular do direito real de hipoteca tem, *jure próprio,* aquelas ações, em relação a todo o *objeto* da hipoteca. As ações que não lhe cabem são as ações que somente competem a quem tem uso e fruição. O

que se diz titular de servidão contra o bem pode exercê-la sem que tenha qualquer importância para o titular do direito real de hipoteca a sua atitude de exercício, se o titular do direito real de hipoteca fez decidir-se que o objeto da hipoteca não sofre tal restrição, ou se o fez citar em ação em que se possa decidir tal questão. Há, ainda, os outros meios de interrupção.

Alguns juristas estrangeiros recorrem, ai, a expedientes e raciocínios desnecessários. O mal está em que não atendem à natureza do direito de hipoteca, que é real e não só *contra* o dono do prédio.

c) No sistema jurídico brasileiro, as sanções contra fatos ilícitos que rebaixem o valor da coisa são: *a)* a pretensão à indenização; *b)* a pretensão ao reforço da hipoteca (Código Civil, art. 762, 1); *c)* o vencimento antecipado da hipoteca. Não se precisa pensar em culpa do devedor, ou do dador da garantia ou terceiro adquirente, para se exigir o reforço ao devedor, O devedor tem dever e obrigação de reforçar qualquer que tenha sido a causa da deterioração ou lesão ao bem, se o valor decresce a ponto de ser verificável.

Se quem presta a indenização é o devedor, diminui-se tal quantia à divida, salvo se, sem a inversão, se depreciaria o bem gravado. Todavia, existindo crédito prelatício, a inversão tem de ser feita, ou deposita-se o quanto. Se, durante a exigência da indenização, o proprietário restaura o bem, ou subtrai-se ao pedido o valor dos consertos ou reparações, se o demandado é o proprietário, ou se tem de prestar ao proprietário o valor delas, sendo outrem o demandado.

Se há hipoteca de inscrição anterior, tudo se há de resolver como se estivessem vencidas, devendo-se ter ao titular da hipoteca anterior, ou os titulares das hipotecas anteriores, como litisconsortes Cumpre advertir-se em que a ofensa ao valor é ofensa à coisa e, por haver proprietário, possuidor próprio, ou titular de direito real limitado de uso ou de fruição, ou de ambos, o que se presta, presta-se a esses titulares de direito, tendo-se de extrair do bem, oportunamente, o valor. É assim que se há de raciocinar para se resolverem os problemas que apareçam.

O proprietário do bem, dador terceiro da hipoteca, tem de ser

litisconsorte necessário na ação de indenização, posto que só o bem garante a divida, tal como seja o seu valor ao tempo do vencimento. Lit isconsorte passivo necessário é Ele se é co-responsável na ação pessoal de indenização. Nas ações de indenização em que não seja o demandado, ou litisconsorte passivo, pode- ser, sempre, litisconsorte voluntário, pois há Interesse no valor do bem.

A prestação ao titular do direito hipotecário é, em principio, ao tampo do vencimento, salvo se os interessados acordam na diminuição da divida. Todavia, se foi responsável o devedor, ou o terceiro dador da hipoteca, vence-se a divida (Código Civil, art. 762, 1 e IV). O responsável pode obviar a isso ou oferecendo reforço de garantia, ou atendendo ao pedido de reforço. Se o responsável reforça a hipoteca, com postergação de créditos prelaticios, a aceitação pelo titular do direito de hipoteca somente pode ser atacada por nulidade, anulabilidade ou ineficácia. A prestação de reforço sub-roga-se à pretensão indenizatória por diminuição ilícita do valor do bem gravado.

2. DEVER E OBRIGação DE REFORÇO DA GARANTIA. A obrigação de reforço não é análoga à que resulta da evicção, ou à que deriva da existência de vícios redibitórios: é obrigação ligada à conservação da relação jurídica de hipoteca, *ope legis;* é só atinente ao devedor, não ao terceiro dador ou adquirente, porque somente o devedor é que é interessado em que se não vençam o crédito e a hipoteca (Código Civil, arte. 954, II, e 762, 1). O

dador e o terceiro adquirente não podem ser intimados a reforçar; podem como demandados em ação de indenização por ato ilícito ou fato ilícito seu, pelo qual haja, segundo os princípios, de responder, ser constritos ou condenados a prestar a reparação ou a dar caução. Os seus fatos não fazem vencer-se o débito, nem a hipoteca.

§ 2.505. Alterações ao conteúdo

1.ALTERAÇOES E OUTROS GRAVAMES. As alterações ao conteúdo do direito de hipoteca, *e.* g~, elevação do quanto devido, pena convencional, ou diminuição ou elevação da taxa de interesses, somente se podem fazer, eficazmente, se há *acordo modificativo* entre titular do direito de hipoteca e dono (ou enfiteuta) do imóvel gravado, com o *assentimento* dos titulares de direito real limitado de grau igual ou posterior, uma vez que as alterações o atinjam. Não precisam desse assentimento as mudanças de tempo e lugar do pagamento.

2.SUBSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. O crédito a que se refere a garantia somente pode ser substituído <novo crédito tem de ser garantido, cessa a garantia ao que estava garantido), por eficácia de contrato *real,* mediante acordo entre o dono do bem gravado (ou o enfiteuta) e o credor do nOvo crédito, averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285, *verbis* "quaisquer outras circunstâncias") e o consentimento de todos os que tiverem direito sabre o crédito substituído. Se o credor não é o mesmo, tem de dar consentimento o credor anterior, porque a mudança implica transferência do direito de hipoteca. Para a eficácia da substituição não se exige a existência do nOvo crédito; e o nOvo crédito fica assegurado ainda que não existisse o antigo <*e.* g., era nulo o negócio jurídico, ou fora solvida a divida). Se o novo crédito não existe, tudo se passa como se fosse de agora a inscrição.

Se o importe do novo crédito é superior ao antigo, tem-se de fazer novo registro (O. WARNEYER, *Kornmentar,* II, 413). Todavia, é possível só se garantir o novo crédito até o valor do substituído.

A substituição pode ser apenas de parte do crédito antigo (G. PLANCK, *Kommentar, III,* 4.~ ed., 1050). Dois ou mais créditos podem substituir o que havia (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 588), ou vice-versa <se a hipoteca era uma só). Não se podem substituir muitas hipotecas a uma, ainda que o crédito tenha sido um só (G. PLANCK, *Kommentc&r,* IV, 1050; G. GÍJTRE, *Die Gr-undbuchordnung,* II, 1673).

Não se pode substituir crédito com a declaração de garantir outro crédito a hipoteca se o indicado não existe ou se solveu (G.PLANCK, *Kommentar,* IV, 1050; O. WÃRNn‟ER, *Komrnenta.r,* II, 413).

A mudança de crédito é sem qualquer deito *real* antes da averbação. A averbação exige o consentimento do proprietário <ou enfiteuta) e do credor. Não há eficácia real contra quem havia de consentir ou de assentir e não consentiu ou não assentiu, O assentimento dos inscritos ao mesmo tempo e depois não é exigido, porque o valor do crédito nOvo não pode exceder o do antigo; nem o é o assentimento do devedor do crédito substituído.

A eliminação do crédito antigo não depende da existência do nOvo. O assentimento do credor anterior à mudança pode significar <não significa sempre) renúncia do credor à hipoteca. Se houve cessão, é preciso o consentimento do credor anterior para qualquer fixação dos juros a partir de data anterior à cessão <3. BIERMANN, *Saekenrecht,* 587; diferente, G. GfrTHE, *Die u'irtachaftlichen und rechtlichen*

Gntndlagen ás modentem Hypothekenrechta, 399).

O titular do direito de hipoteca pode exercer a ação de segurança ou cautelar, se teme que o bem se deteriore ou deprecie. Os atos que forem praticados dando causa a danos são ilícitos.

Se a hipoteca apanha as pertenças *(=* se houve hipoteca conjunta das pertenças, Código Civil, art. 810, II), a alienação *irregular* dessas é ato ilícito. A ameaça de alienação dá a pretensão à medida cautelar e a pretensão cominatória.

Os danos ao bem, a que corresponda ação d6 indenização, têm de ser indenizados, de modo que não venha a ser menor o valor do bem gravado. Não importa se a responsabilidade, na espécie, é com culpa ou sem culpa.

No direito alemão, tem-se entendido que o dano à hipoteca somente começa quando não basta, após Ele, para cobri-la, o valor do bem gravado (cf. Código Civil alemão, § 1.134). No direito brasileiro, a referência a

"desfalcar a garantia" deve entender-se a "desfalcar o bem garante".

3.RENUNCIA A PROPRIEDADE. Se o dono do bem gravado renuncia à propriedade, seja ele o constituinte, ou terceiro dador da hipoteca, ou adquirente do bem gravado, o domínio fica sem titular. A hipoteca nenhum óbice pode trazer a Esse ato jurídico unilateral (Código Civil, art. 589, 1, e § 1.0). Seria confundir-se a relação jurídica que corresponde ao crédito garantido com a relação jurídica real da hipoteca entender-se que a renúncia ao domínio, por parte do credor proprietário, elide o vínculo. Não há relação jurídica entre o titular do direito de hipoteca e o dono do prédio, ainda que tenha sido o constituinte da hipoteca: o acordo de constituição operou os seus efeitos; portanto, criou-se a relação jurídica real. Se alguém transferiu o domínio, houve o negócio jurídico de compra e venda ou outro e houve o acordo de transmissão; mas, transcrita a alienação, a relação jurídica real não é mais entre o adquirente e o alienante. Passa-se o mesmo no tocante à constituição de qualquer direito real. E

é por isso que, renunciando o dono ao domínio, o direito real continua, incólume ao ato de renúncia. Ao inadimplemento tem o titular do direito real de hipoteca a ação executiva hipotecária, sem que ao seu exercício possa haver qualquer obstáculo proveniente da renúncia e conseqüente situação de *res nuflius* que se iniciou para o bem gravado. A própria inexistência de possuidor, além da

inexistência de dono, não cria qualquer empecilho à ação executiva hipotecária, nem a seu exercício.

Tanto faz que alguém venha a adquirir, originariamente, a propriedade, se a causa de aquisição não foi também de aquisição da propriedade sem o gravame, o que só se pode dar se *também* se extinguiu o direito real.

4.ABANDONO DO BEM GRAVADO PELO DONO. Se, em vez de renunciar ao domínio, o dono o abandona (Código Civil, art. 589, III, e §§ 1.0 e 2.0), somente o pode abandonar quanto ao domínio, ficando escapos aos seus atos os direitos reais que gravem o imóvel. Se o Estado-membro, ou o Distrito Federal, ou a União, arrecada o bem, durante esse tempo, pode o titular do direito de hipotecar exercer os seus direitos, inclusive a pretensão à execução hipotecária. Tal continuidade se estende para além dos dez anos a que se refere o art. 589, § 2Y, quando a entidade estatal se faz senhora do bem. A aquisição da propriedade por ela de modo nenhum fere os direitos reais que persistam, segundo os princípios respectivos; nem poderia ofendê-los qualquer ato do poder público sem que assistisse ao titular de qualquer deles, que atingido fosse, a pretensão à tutela jurídica e as pretensões e ações ou exceções adequadas.

5.RENÚNCIA E ALIENação GRATUITA AO SENHORIO, PELO ENFITEUTA, EM CASO DE GRAVAME) DA ENFITEUSE. Se o bem é enfitêutico, mas a hipoteca recai no domínio, a espécie entra, normalmente, na que acima se explicou, quer tenha havido renúncia quer tenha havido abandono. O que aqui nos interessa é a renúncia pelo enfiteuta (Tomo XVIII, *§* 2.144, 2, 2.184), ou a alienação gratuita ao senhorio, negócio jurídico bilateral (Tomo XVIII, *§* 2.184, 1). O que passa ao senhorio é o que formava o conteúdo da enfiteuse, respeitados os direitos reais <§ 2.178, 1, 2, 4). O senhorio é terceiro adquirente do bem gravado, que aí é a enfiteuse.

6.DIVISÃO DO BEM GRAVADO. Se o dono ou enfiteuta do prédio hipotecado <o enfiteuta, ainda com o assentimento do senhorio, Código Civil, art. 681, 2.~ parte) o *divide* em glebas, ou lotes, e nenhum dos adquirentes promove a remição do todo, a divisão é ineficaz contra o titular do direito de hipoteca. Assim, no caso de inadimplemento, pode ele penhorar o todo e exigir a hasta pública de todas as glebas ou lotes como se a divisão não tivesse ocorrido.

§ USO. Eficácia real executiva da hipoteca

1.EFICÁCIA REAL E PREFERÉNCIA OU PRELação. O titular do direito de hipoteca pode executá-la logo que lhe nasça a ação executiva real. Derroga-se o principio da *par condicio,* porque se vai contra determinado bem, afastando-se, enquanto não se satisfaz o crédito garantido pela hipoteca, os outros credores e até os direitos reais constituídos posteriormente à inscrição da hipoteca. A execução, aí, deriva da pretensão à solução mas, por se tratar de direito real, a absolutidade a faz contra quem quer que seja, salvo se há direito real que esteja, pelo registro, *antes.* Não se pré-excluem os outros credores; põem-se os outros credores em plano inferior, correspondendo aos respectivos graus. O devedor só é sujeito passivo do crédito garantido; sujeito passivo do direito real de hipoteca são todos <sujeito passivo total).

2.DEVEDOR E DONO OU ENFITEUTA DO BEM GRAVADO. O devedor pode ser dono ou enfiteuta e ter gravado o bem: ser devedor e dador da hipoteca é, ai, mera coincidência. As duas relações jurídicas têm estrutura e sorte próprias. A hipoteca pode pré cluír por prescrição da ação real, e não ter prescrito a divida garantida por ela; segundo as circunstâncias ou o pactuado, pode a hipoteca garantir o crédito prescrito. O concurso de credores do devedor pode ter repercussão na hipoteca, porém, se há terceiro dador ou terceiro adquirente do bem gravado, essa repercussão é apenas derivada dos arts. 762, II, e 954, 1 e II.

§ 2.507. Vantagem do termo e vencimento antecipado

1.NEGÓCIO JURÍDICO DE CONSTITUIÇÃO E ABSTRação. O acordo de constituição de hipoteca, ou o negócio jurídico unilateral que lhe faça as vezes, é abstrato. Uma vez que foi fixado o termo para o que se chama vencimento da hipoteca, que é a data da sua amortização e conseqüente executabilidade, e o devedor, intimado, em caso de deterioração ou depreciação do objeto hipotecado, não reforça a garantia, a divida antecipadamente se vence e, com ela, se torna executável a hipoteca. Antes, era estática a sua eficácia.

Abstrai-se da causa (onerosa, ou gratuita) e da culpa do devedor. Não se pode objetar ter havido força maior, ou caso fortuito. O que a lei

impõe é que o valor da coisa seja restabelecido, ou pela inversão reparadora, ou valorizante, ou pela dação de nova garantia.

2.LIMITE LEGAL AO TÉRMO OU À CONDIÇÃO. O termo ou a condição somente podem ser eficazes se o acontecimento ocorre antes de se ultimar o prazo do art. 817 do Código Civil. esse prazo começa de ser contado da data do acordo de constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição (art. 817, *verbis* "da data do contrato"); de jeito que a hipoteca preclui se não se dá prorrogação e ao terminar o último dia dos vinte anos o termo *voluntário* não foi alcançado ou não se impliu a condição. Não se confunda com termo ou condição de vencimento.

§ 2 508. Vencimento da hipoteca

1.CONCEITO. Vencimento da hipoteca 4 o momento em que ao titular do direito de hipoteca é permitido exercer a pretensão a satisfazer-se sobre o bem hipotecado. Vencido o crédito, vence-se a hipoteca. Todavia, às vOzes os figurantes do acordo de constituição estipulam que o vencimento da hipoteca seja antes do vencimento do crédito; *e.* g., ao se iniciar a mora por falta de pagamento dos juros, cessão dos créditos de alugueres, locação por mais de cinco anos. Nada impede, por outro lado, que se faça a hipoteca só se vencer após dias ou meses de se haver vencido a divida garantida, ou o vencimento depender de interpelação.

No acordo de constituição ou no negócio jurídico unilateral de constituição de hipoteca, podem ser previstas as causas de vencimento além dos que mencionam os arte. 761, II, e 762; e. g., vencimento por morte do outorgante (6.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de agOsto de 1938, *R. F.,* 76, 63), ou do outorgado.

2. INTERPELação. Se o vencimento da divida só se dá com a interpelação, também com a interpelação é que se vence a hipoteca. Então, se devedor e proprietário do bem gravado não são a mesma pessoa, a interpelação tem de ser a cada um, salvo se o interpelado comunica ao outro, judicialmente, o vencimento da divida ou da hipoteca em virtude da interpelação que lhe foi feita. Se há condomínio, ou co-enfiteuse, hão de ser interpelados pelo titular, ou avisados, judicialmente, pelo devedor interpelado todos os condôminos, ou co-enfiteutas. Para que os pressupostos da interpelação edital se componham, tem-se de obedecer às regras

jurídicas especiais de interpelação.

Ainda que o titular do direito de hipoteca conheça a exatidão do registro, tem-se por proprietário, ou enfiteuta, quem conste do registro, e a interpelação dele é plenamente eficaz (O. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 880; J.

BIERMÂNN, *Saehenrecht,* 499).

Se, após a interpelação, ou a comunicação judicial da interpelação, é alienado o bem gravado, a eficácia persiste contra e a favor do adquirente. Não é preciso que se inscreva averbe a interpelação, nem, tão pouco, a citação na ação executiva hipotecária.

Se o titular do direito de hipoteca é interpelado ou notificado ou recebe protesto feito pelo que inexatamente consta como dono e Ele não poderia reconhecer como tal, a eficácia de tal ato judicial depende da situação sobre que depois se decida, com eficácia de coisa julgada material. Se o titular do direito de hipoteca tinha de o reconhecer como sucessor do constituinte da hipoteca, pela fé pública do registro, a inexatidão não lhe interessa para qualquer ato seu ou omissão sua. (A solução que ai damos ao delicadissimo problema surpresa de O.

STRECKEE, em O. PLÂNCK, *Kommentar, III,* 4.s ed., 880, que atribui ao titular do direito de hipoteca reconhecer, ou não, a eficácia da Interpelação, notificação ou protesto, e de MABTIM WoLFP, *Lehrbuek,* III, 27.~-32.~ ed., 501, que lhe nega qualquer eficácia, se partira do proprietário que inexatamente consta do registro.) Se foi alienado o bem sem ainda se haver transcrito o acordo de transferência, ou em caso de falecimento do interpelado, é eficaz a Interpelação que se faz ao alienante, ou ao decujo.

3. DETERIORação OU DEPRECIação. A hipoteca supos que o valor do bem gravado continue o mesmo, ou aproximadamente o mesmo. Se há danos ao bem, ou deteriorações naturais, ou qualquer diminuição de valor, nasce ao titular do direito de hipoteca a *pretensão ao reforço* a que o devedor atende, ou, se não o obtém o titular do direito de hipoteca, vence-se a hipoteca <Código Civil, art. 762, 1), como a própria divida (art. 954, III). A origem da deterioração ou da depreciação é indiferente; *e.* 9., o bem gravado foi atravessado por estrada pública, ou rua, ou canal, desvalorizando-se (SCHtJLTZENSTEIN, Hypothek und Wegerecht, *Deutache Juriaten-Zeitung,* 16, 1.523-1528; cp. A. GERMEESHAUSEN, *Das Wegereckt mui dia Wegever'woltung in Preussen, I,* 3.~ ed., 4

a.).

4.INSOLVÊNCIA E FALÊNCIA DO DEVEDOR. No art. 762, II, o Código Civil faz causa de vencimento da hipoteca o cair em insolvência ou falência o devedor, o que também é causa de vencimento da divida garantida (art. 954, 1).

A insolvência ou falência que faz vencer-se a hipoteca é a do devedor cuja divida foi garantida. Se cai em insolvência ou falência o terceiro dador da hipoteca ou o adquirente do bem gravado, nem se vence a dívida, nem a hipoteca, mas abre-se o concurso de credores do dono do bem gravado, e do que for apurado se deduz o necessário ao pagamento da dívida garantida, depositando-se para solução ao tempo do vencimento, se não houver acordo para solução antecipada.

É preciso que se dê a insolvência ou a falência para que o pressuposto do art. 762, II, do Código Civil se componha (cf. art. 954, 1>. Não basta que haja insuficiência de resíduo patrimonial para que se caracterize a situação prevista no art. 954, 1, ou no art. 762, II: ali, fala-se de abertura de concurso de credores; aqui, de queda em insolvência, ou falência. Sem razão, na esteira de juristas do século passado, F. PALUMBO <*La Concessione d'ipoteca da parte dei terzo,* Si>.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Após empregarmos expressões como "vencimento da hipoteca", ."hipoteca vencida" <*e.* g., Código Civil, art. 813) e "pagamento da hipoteca", convém frisarmos que se trata de trasladação de termos de direito das obrigações para o direito das coisas, para se evitar acúmulo de terminologia (MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* ~ 27A-32.~ ed., 465). Em verdade, hipoteca não se vence, nem se paga hipoteca: a hipoteca começa de ser executável; a hipoteca extingue-se pela prestação do devedor ao credor, isto é, por se extinguir pelo pagamento o crédito.

6.NÃO-PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AO TEMPO DE SEREM PAGAS. Se não se paga a prestação, ou alguma prestação, pontualmente, vence-se a hipoteca *(* = torna-se executável a hipoteca). É o que resulta do art.

762, III, do Código Civil. Tem de haver interpretação do terceiro dador da hipoteca, ou adquirente do prédio gravado, para que se dê por executável a hipoteca; mas basta a citação para a ação executiva hipotecária, devido a sua cominação inicial <Código de Processo

Civil, art. 298, VI, e 299).

„7. PERECIMENTO DO OBJETO HIPOTECADO. Perecendo o objeto hipotecado, a hipoteca é executável sobre as pretensões à indenização, se existem. Não as havendo, extingue-se a hipoteca, sem qualquer conseqüência, que a de ter o credor a *pretensão à substituição* contra o devedor dador da hipoteca ou obrigado a dá-la.

8. DESAPROPRIação. A desapropriação que atinja o domínio e o direito real limitado ou só o direito real limitado tem a conseqüência de pôr o quanto da indenização ao dispor do credor, *depositando-se.* Pode dar-se a desapropriação, detrata a hipoteca, e então quem adquiriu o bem o adquire gravado de hipoteca.

§ 2.509. Terceiro dador da hipoteca

1.POSIÇÃO JURIDICA. O terceiro dador da hipoteca, por ato seu, presta a garantia. Não é como o adquirente do bem hipotecado, posto que venha a pôr-se em situação semelhante. Não é o devedor, de modo que nele as duas figuras se juntem. Não é fiador: a nada ele se obrigou; a obrigação real têm-na todos, ele inclusive. Com a dação da hipoteca, o terceiro submete à eventual execução forçada bem que não é do devedor. Por isso mesmo, não pode remir, como o terceiro adquirente. Contra o terceiro dador da hipoteca há ação de evicção e de indenização em caso de ineficácia da hipoteca por falta de propriedade, ou de inalienabilidade ou ingravabilidade do bem. Se adquiriu, após a hipoteca, o bem hipotecado, dá-se a *pós -eficacização.* Responde pelos danos causados ao imóvel, porém no direito brasileiro o titular do direito de hipoteca não pode executar, desde logo, o bem gravado, porque não se dá, com isso, vencimento antecipado *<aliter,* Código Civil italiano, art. 2.743).

O terceiro dador da hipoteca não tem o beneficio de prévia execução. Só o fiador o tem (Código Civil, art. 1.491).

2.SUB-ROGação PESSOAL QUANTO AO CRÉDITO GARANTIDO. Assiste ao terceiro dador da hipoteca o *benef icium cedendarum actionum,* porque solve divida alheia (Código Civil, art. 985, III), como ao terceiro adquirente da hipoteca (art. 985, II). Enquanto não se cancela a hipoteca não é titular de direito de hipoteca sobre bem próprio, como se daria com o terceiro adquirente (art. 985, II) ;

porque a sub-rogação pessoal não se operou em relação à hipoteca, o que acontece ao terceiro adquirente que solve a divida garantida por hipoteca.

Se o titular do direito de hipoteca impede que o terceiro dador da hipoteca se sub-rogue nos seus direitos contra o devedor, tem esse a ação de indenização. No art. 1.502, II, a fiança, em tal circunstância, extingue-se. ~ t aplicável o art. 1.502, II, à hipoteca? A resposta negativa impõe-se. Seria preciso haver regra legal, como em direito italiano (art. 2.869).

Se o terceiro paga a dívida garantida, a hipoteca extingue-se, e há a sub-rogação pessoal no crédito garantido

<Código Civil, art. 985, EU) e o mesmo se dá se quem a solve é o credor que paga a hipoteca para afastar a preferência (art. 985, 1). Sub-rogação pessoal também há se o adquirente do bem hipotecado paga a divida (art.

985, II), mas no crédito garantido; enquanto não se cancela a inscrição, há hipoteca de proprietário.

A sub-rogação pessoal no direito de hipoteca só se dá se o titular de posterior hipoteca redime a anterior <Código Civil, art. 814, *§* 2.0) ou se estabelece hipoteca de proprietário. Não há sub-rogação, nem transferência do direito de hipoteca ao terceiro que solve a dívida garantida, confusão em que incorreu a 1.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Paraná, a 26 de junho de 1940 (E. E., 86, 650).

3.EZECUÇÃO NA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro dador da hipoteca é que tem a faculdade de remir de que cogita o art. 986 do Código de Processo (~vil. Idem, seu cônjuge, descendente ou ascendente. N~, o devedor, ainda que tenha havido cumulação das ações executivas, real e pessoal, porque somente sobre bens que lhe pertencem é que o devedor tem o poder de remição.

O terceiro dador da hipoteca não tem o poder de remição *antes* da hasta pública, regulado nos arts. 814-816 do Código Civil.

4. “DANO IN SOLUTUM”. Se o devedor dá em soluto, liberado fica o bem, nada mais pesando ao terceiro dador da hipoteca, ainda que o credor venha a sofrer evicção <Código Civil, arts. 1.107-1.117).

5. ação DE REGRESSO. O terceiro dador da hipoteca tem ação *de regresso* contra o devedor, à semelhança do fiador (Código Civil, arts. 1.495-1.497). Outrossim, contra o fiador do devedor; e contra outros dadores de hipoteca, porque a responsabilidade se distribui pelas quotas do débito que garantiram, ou pelas quotas no bem gravado se a garantia foi uma só. Tratando-se de fiadores não solidários, a distribuição é pelas quotas do débito que afiançaram.

6.ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA E ação EX~C1JTIVA PES.soa. O terceiro dador da hipoteca é dono do bem. No momento da execução, pode ser possuidor próprio. A ação executiva real vai contra fie, porque tem ele interesse na execução; a execução forçada opera *erga onnes.* Na ação executiva pessoal, fie não é parte, porém, ao dar a alguém o direito de eventual execução do bem, supôs que a divida de outrem existisse e fosse eficaz.

O terceiro dador da hipoteca, que não foi parte na ação contra o devedor, ainda que executiva, pode opor ao titular do direito de hipoteca todas as exceções que o devedor poderia ter oposto e as que nasceram depois. O art. 1.502

do Código Civil não é invocável por analogia: as exceções que provêm de simples incapacidade pessoal do devedor são inoponiveis, exceto na espécie do art. 1.259, pelo fiador; não, pelo terceiro dador da hipoteca (certo, L. COVIELLO, *Delie Ipoteche nol diritto civile italiano,* 45 e.; contra, GINO ComÃ, *Le Garar&zie reo2i de Tobbl4auioni,* 101 e 105, que tudo construía à maneira de fiança, porém não mais após o novo Código Civil italiano, no *Comentário* de A. SCIALOJA e G. BRANCA, VI, 601). O fiador garante o crédito ainda se o devedor era incapaz (com a exceção do art. 1.259); o terceiro dador da hipoteca não garante, com a hipoteca, a validade do negócio jurídico se há incapacidade do devedor, o bem garante o crédito, objetivamente. Todavia, pode ser pactuada a garantia para os casos de incapacidade, como de prescrição já ocorrida (hipoteca a favor de divida prescrita).

§ 2.510. Terceiro adqüirente do bem hipotecado

1.PosiçÃo JURÍDICA. A hipoteca não tolhe a alienabilidade do bem gravado. O direito de hipoteca é real e perdura, sem que se reflita nele a mudança dos titulares do domínio. Tão pouco importa que se haja perdido a posse. O terceiro adquirente da posse sofre o gravame como o terceiro adquirente do domínio, O terceiro dador da hipoteca está no

lugar do devedor dono do bem que o hipotecasse; e não no lugar do terceiro adquirente. O

herdeiro do devedor, dador da hipoteca, que lhe sucede na propriedade do bem gravado e na dívida, é terceiro adquirente; outrossim, o legatário, a que foi dado o encargo ou a obrigação pessoal de pagar a dívida. Idem, o fiador ou o obrigado solidário que adquiriu o fundo hipotecário. Em princípio, podem remir, o que não só se atribuiu ao terceiro adquirente não-devedor <Código Civil, arts. 815 e 816).

É preciso ter-se em vista o art. 766 do Código Civil: "Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo". No art. 766, parágrafo único, acrescenta-se: "O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito".

O adquirente que já estava pessoalmente obrigado por parte do crédito 6 terceiro adquirente, como se, co-herdeiro, recebe todo o bem gravado, ainda se não pagou a sua quota no débito ou se o débito ficou a seu cargo.

Não importa qual o modo de aquisição <derivada ou originária). Na usucapião, se o usucapiente entendia que o bem estava hipotecado, não pode usucapir sem haver gravame. *Aliter,* se do que possuia era possuidor como se hipoteca não houvesse, ou como se essa se houvesse extinguido. A posse não nega a hipoteca, mas a ação executiva real pode ter prescrito, causando a extinção da hipoteca <Código Civil, art. 849, VI>.

i,Como se têm de considerar os que adquirem, após a inscrição da hipoteca, direitos reais limitados? Como terceiros adquirentes, porque à execução forçada podem sofrer com a extração do valor. Se a hipoteca foi constituída pelo proprietário, o enfiteuta, que adquiriu, depois, a enfiteuse, adquiriu bem dominicalmente e enfitêuticamente gravado <= duas hipotecas, numa só: a da senhoria e da enfiteuse). esse enfiteuta é terceiro adquirente. Se foi constituído, depois da hipoteca, pelo dono <ou pelo enfiteuta, se a hipoteca era de enfiteuse ou também o era>, usufruto, uso, habitação, ou servidão, ou renda sabre imóvel, o titular de qualquer desses direitos é terceiro adquirente. Têm, por exemplo, direito de remição <art. 815 e 816>.

Terceiro adquirente somente há após a transcrição ou inscrição do direito que se adquiriu. Antes do registro, o outorgado do pré-

contrato, ou do acordo de transmissão ou de constituição não é terceiro adquirente. Pode, em todo caso, intervir no processo executivo, e o registro do acordo de transmissão ou de constituição tem eficácia a *nuno,* salvo protocolização, prenotação ou inscrição provisória, quando cabe.

2. SUB-ROGação PESSOAL QUANTO À DÍVIDA GARANTIDA E QUANTO À HIPOTECA. O terceiro adquirente do bem hipotecado, solvendo a dívida garantida, sub-roga-se no crédito e na hipoteca. Faz-se titular de direito de hipoteca sobre bem próprio até que se proceda à cancelação <Código Civil, arts. 985, II, e 850).

Compõe-se, então, a figura da hipoteca de proprietário.

O terceiro adquirente que pagou os credores inscritos, ou que sofreu a execução forçada, tem ação de perdas e danos contra o alienante, a despeito de ter de ser conhecida pelo registro público a hipoteca, ou ela e outros gravames o serem, salvo se mencionar a hipoteca ou se mencionarem os gravames; porque seria de supor que o devedor solvesse as dividas <sem razão, Á. CARABELLI, *II Diritto ipoteoario vigente nel Regno Lombardo-Veneto,* II, 457; certo, L. CoVIELLo, *Deile Ipoteche miei diritto civile italiano,* 407).

O terceiro adquirente evicto, porque o dador da hipoteca que se liberara foi desmentido pela ação contra o terceiro adquirente, não se sub-roga nos direitos do credor contra o fiador e o dador da hipoteca.

3.REMIÇÃO ANTES DA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro adquirente pode remir a hipoteca

<Código Civil, art. 815). Ou o credor recebe o preço oferecido, ou requer que o imóvel seja licitado (art. 815, §§

1.0 e 2.0).

4. “DATIO IN SOLUTUM”. Se o devedor dá em soluto, com a extinção da divida fios liberado o bem, mas, sobrevindo evicção, responde pelo débito até a quantia garantida. Os juristas que trataram da questão silenciam sobre a natureza da divida do terceiro adquirente do bem, que foi favorecido pela *datio in solutum.* A hipoteca, se ainda não foi cancelada, não se extinguiu, e não mais pode ser feito o cancelamento, porque a causa de extinção se apagou. Para isso, o interessado pode

requerer a averbação da sentença, na inscrição, o que impede qualquer cancelamento pelo fato da dação em soluto. Se fora. feito, a sentença é bastante para que então se peça a retificação do registro.

5. ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. O terceiro adquirente é parte na ação executiva real, sem ser devedor, porque o direito de hipoteca é perante todos: parte é Me, porque tem interesse na extração do valor do bem gravado.

A hipoteca apanha os frutos, enquanto pendentes, porque são parte integrante "separável". A penhora incide sobre Eles. Por isso, os que se comem após ela são devidos.

Quaisquer melhoramentos ao bem gravado, feitos pelo terceiro adquirente, são inclusos no bem (Código Civil, art. 811, alinsa 1.ª). Não tem file pretensão à paga desses melhoramentos, nem a de separação. Qualquer assimilação da ação hipotecária à ação de reivindicação está superada. Se não se trata de adquirente do domínio, ou de algum direito real limitado, e ocorre reivindicação, então cabem os princípios sobre benfeitorias. Quanto ao adquirente de domínio ou de direito real limitado, não. No sistema jurídico brasileiro, nem há a equiparação à reivindicação, nem cabe qualquer regra jurídica que se pareça com a do Código Civil italiano, art. 2.864, alínea 2.ª <"diritto di far separare daí prezzo di vendita la parte corrispondente ai miglioramenti eseguiti dopo la trascrizione dcl suo titolo, fino a concorrenza dei valore dei medesimi aí tempo della vendita").

Não há qualquer direito a benfeitorias, ainda necessárias; nem qualquer *direito de retenção.*

CAPITULO XV

REMIÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.511. Conceito e espécies de remição

1. CONCEITO DE REMIÇÃO. Conforme já vimos no Tomo XVIII, *§* 2.184, 5, remir é recomprar, readquirir, afastar, pagando, livrar-se, solvendo. De remir vem remição, que os inexpertos confundem com remissão. Se alguém r<ed>ime a hipoteca, prestando o que corresponde à garantia, dela fica livre o prédio. Remitir é que vem de

rersittere e a *rernuaio* é que corresponde *revisado.* Não se remitem pecados, redimem

-se, rimem-se, a despeito do milenar Ono de latim. Redentor redime, rime; não remite. É difícil compreender-se que, com tantos alardes oratórios e polêmicos em tOrno do Código Civil, tenham escapado aos chamados linguistas erros como Esse, de língua portuguesa, que atingem, fundamente, a terminologia mesma do direito.

2.HIPOTECA E REMIÇÃO. A propósito de remição da hipoteca, há, no Código Civil, as seguintes referências.

Diz a lei, no art. 814: "A hipoteca anterior pode ser remida, em se vencendo, pelo credor da segunda, se o devedor não se oferecer a remi-la". No *§* 1.0: "Para a remição, neste caso, consignará o segundo credor a importância do débito e das despesas judiciais, caso se esteja promovendo a execução, intimando o credor anterior para levantá-la e o devedor para remi-la, se quiser". E no *§* 2.0: "O segundo credor, que remir a hipoteca anterior, ficará *ipao facto* sub-rogado nos direitos desta, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum Conforme veremos, não há, aí, propriamente, remição, mas sim sub-rogação.

Acrescenta-se no art. 815: "Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remi-lo". No § 1.0:

"Se o adquirente quiser forrar-se aos efeitos da execução da hipoteca, notificará judicialmente, dentro em trinta dias, o seu contrato aos credores hipotecários, propondo, para a remição, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel. A notificação executar-se-á no domicilio inscrito <art. 846, parágrafo. único), ou por editais, se ali não estiver o credor". No § 29: "O credor notificado pode, no prazo assinado para a oposição, requerer que o imóvel seja licitado".

No art. 849, IV, alude-se à remição como causa de extinção da hipoteca.

O Código de Processo Civil tratou da remição da hipoteca nos arts. 393-404.

a)Se não houvesse a regra jurídica do art. 814, o titular ia posterior hipoteca não poderia executar a sua hipoteca e teria de assistir à execução da hipoteca anterior ou das anteriores hipotecas. Ainda que se vencesse a sua, estaria privado de ir contra o bem na ação

executiva, enquanto não se vencesse a anterior, ou não se vencessem as anteriores. Vencida a anterior, ou vencidas as anteriores, teria de estar sujeito à execução pelo titular ou pelos titulares das hipotecas anteriores. A lei permite-lhe que chame a si, com a remição (aí, sub-rogação pessoal), a hipoteca vencida ou as hipotecas vencidas, e aguarde o vencimento da sua para a execução, ou como titular por sub-rogação pessoal execute o bem, pois que vencida *ex hypothesi* está a hipoteca. Posto que, se já iniciada a execução pelo titular da hipoteca anterior ou pelos titulares das hipotecas anteriores, possa o titular da hipoteca posterior (cf. Código Civil, art. 814, § 1.0) remir a hipoteca, o fito da regra jurídica .art. 814 é *evitar* a execução por outrem (cf. 2.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de agOsto de 1944, *Á. J.,* 72, 336).

O vencimento da divida, na espécie do Código Civil, art. 814, é qualquer vencimento, e não só o que resulta de expiração de prazo <3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de fevereiro de 1933, 1?. *dos T.,* 85, 604; sem razão, o Juiz de Direito de Botucatu, São Paulo, a 31 de maio de 1932, 90, 173).

b> Se a alienação se faz sem a presença do titular da hipoteca, entende-se que a hipoteca continua de gravar o imóvel, tornando-se hipoteca em garantia de dívida alheia. As ações reais têm de dirigir-se contra o adquirente, por ser, no momento o dono, ou contra ele e o possuidor próprio. Se alguém se diz dono e possuidor, em vez do adquirente, a ação vai, também, contra Me, ou pode Me apresentar-se com embargos de terceiro, ou propor ação de reivindicação. Não é preciso citar-se o alienante, pois não figura como interessado, pasto que real a ação executiva (cf. 5.‟ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de junho de 1939, *1?. dos* 2‟., 122, 77, *R. 9.,* 80, 133).

O depósito da quantia devida, pelo devedor, ou pelo dono do prédio gravado, quer se haja iniciado a execução, quer não se haja iniciado, afasta a pretensão do titular da hipoteca posterior (cf. 2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de agOsto de 1944, *.1?. 9.,* 101, 310). Devedor, ou do dono do imóvel, ou herdeiro do devedor, ou do dono do imóvel, ou inventariante (Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, *4* de junho de 1938, *R. 9.,* 75, 616).

Se a hipoteca anterior foi feita pelo enfiteuta, só o titular de posterior hipoteca feita pelo enfiteuta tem pretensão à remição, não o titular de hipoteca feita pelo titular do domínio. Se a hipoteca anterior foi feita pelo dono do prédio, só o titular de hipoteca posterior feita pelo dono do prédio tem pretensão à remição.

Se a anterior hipoteca tem prazo maior do que a posterior, falta *interesse jurídico* ao titular da hipoteca anterior para remir a posterior, que se venceu, *salvo se ocorre a insolvência do devedor, ou do dono do prédio.* <cf.

Código Civil, art. 813).

c)IA-se no art. 766 do Código Civil: "Os sucessores do devedor não podem remir, parcialmente, o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo". O sucessor do devedor, e não o adquirente do bem gravado. O adquirente da parte indivisa é terceiro adquirente, segundo o art. 815; se é um dos sucessores do devedor, embora também o seja na parte indivisa, está sujeito ao ad. 766.

Se os devedores são solidários e a hipoteca foi feita pelos condôminos, tem-se de saber, pela interpretação do acUdo de constituição, ou do negócio jurídica unilateral de constituição da hipoteca, se foi hipotecado o todo, ou se o foram as partes indivisas, separadamente. Não se pode dar solução a *priori,* como fez a 4. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de agOsto de 1936 <*R. dos T.,* 104, 471>.

3.PRETENSÕES ÃO DESINTERESSAMENTO DO CREDOR. No sistema jurídico brasileiro, há três pretendes ao desinteressamento do credor hipotecário, uma *(aí* de remição, outra (lO só de desinteressamento, sem remição do imóvel hipotecado, ccixcernente8 ambas ao imóvel que ainda não sofreu execução, ou que está a sofrê-la, e constam dos arta. 814 e 815 do Código Civil; e (o) a de remição do imóvel que está a sofrer a execuçÃo da divida hipotecária (Cád!go de Processo Civil, arts. 986-991). Os arts. 393-404 do Código de Proce8so Civil sã se referem ia duas primeiras. Trata-se, ou da purga hipotecária a *parte creclitoris* unilateral (art. 393, II), ou da remição propriamente dita (att. 898, 1), antes, ambas, de se ultimar a *ezecução* (Código Civil, art. 814, "em se vencendo", que se há de ler "desde quando se venceu", art. 815, "igualmente"; *aliter,* no direito suíço, Código Civil Suiço, art. 828, "antes de qualquer demanda"). (Remição, de remir, cf. *Vocabulário ortográfico* da Academia das Ciências de Lisboa, 599.)

O caso do art. 814 do Código Civil supõe existam duas hipotecas, pelo menos, uma das quais se vença primeiro,

~em que o credor se ofereça para solver a dívida, ou liberar o imóvel executado („remi-1a" está aí em duplo sentido, um impróprio e outro

próprio, porque, se o devedor solve a divida, "redime" o im6veI; não hi remiçio se é o credor que a faz>. O Código Civil construiu a pretensão como própria do credor da segunda, mediante ato, *mio liberatório,* de terceiro, mn de ato de terceiro solvente tendente à sub-rogação pela consignação da importância dos débitos e despesas judiciais do depósito que corre por canta do credor que intervém. (Casa se esteja executando a dívida, despesas judiciais do depósito e de processo da ao ação hipotecária, Código de Processo Civil, art. 403.) *Rio há* propriamente remição; há desinteressadamente do credor e sub-rogação subjetiva legal; porque de modo nenhum se libera, se redime o imóvel hipotecado. A lei chamou remição ao que apenas consiste em mudança de credor hipotecário, por força da sub-rogação. O segundo credor, desinteressando o outro credor com a garantia de hipoteca anterior, *ipsa* facto se sub-roga nos direitos dessa, sem prejuízo das que lhe competirem contra o devedor *comum* (Código Civil, art. 814, § 2.0). Não se dá o mesma no caso do imóvel hipotecado que o adquirente redime (art. 815). Remição há no art. 828 do Código Civil suíço, e não no nosso, art.

S15, porque, lá, os direitos hipotecários não passam ao que usou da pretensão de remir.

O caso do Código Civil, art. 815, é o do direito do adquirente do prédio a remi-lo. Aqui, há, em verdade, *remição, pois* que a purga tem o efeito de extinguir a divida e *a hipoteca.* Forra-se o adquirente, conforme diz o art. 815, §

19, do Código Civil, aos efeitos da execução da hipoteca, ainda que se não tenha iniciado. O próprio Código cogitou da pretensão a remir, da ação e, em parte, do processo da remição (arts. 815 e 816). O art. 394 reproduz o ad. 815, § 1.~, do Código Civil.

Fique, pois, assente (porque o uso exato dos conceitos e a escoimá-los de ambigtildades e equívocos auxiliam à interpretação e aplicação escorreita das leis), que há remição no caso do Código de Processo Civil, art. 400. Há remição justamente se a ação falha *in limine* (Código de Processo Civil, art. 402)

~se O devedor redime o imóvel! A pretendo do credor de que fala o ad. 400 foi sempre estudada à parte da pretensão de remição do art. 392, 1, do art. 394, ou do art. 986. Sempre que se dá sub-rogação pessoal *na hipoteca,* não pode haver remição; há desinteressamente de certo credor. Há remição no caso dos arts.. 393, 1, e 394, porque a sub-rogação pessoal é *na divida,* não na hipoteca. Não há confundir-se o *jus offerendi et suecedendi* (L. 1 e 12, § 9, D., *qui* potiores *in pignore,*

vel hypotheca habeantur, 20, 4) do terceiro com o jus *liberandi* do proprietário devedor ou adquirente. A falta de noçAo de sentença constitutiva e a multiplicidade de dizeres romanos *(trans/erre, in jus nocedere),* levaram a pensar-se em novato necessária, em sucessão necessária, em cessão fingida, etc. (cp. Voss, Zur Lehre vom *ins offerendi, Jherings Jahrbiieher,* 15, 332-382). Construirmos as duas espécies, durante a exposição, segundo o estado atual da doutrina.

As *ações de remição do imóvel* são ações *constitutivas negativas,* típicas.

§ 2.512. Processo da remição

1.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ABTS. 398404. No art. 393, 1 e II, o Código de Processo Civil fala da ação de remição do imóvel hipotecado, que pode ser proposta: pelo adquirente do imóvel hipotecado, dentro de trinta dias, contados da transcrição do titulo de aquisição; pelo credor com segunda hipoteca, em qualquer tempo depois do vencimento da primeira.

A pretensão do Código de Processo Civil, art. 398, 1, é pretensão de "remír", no exato sentido; a ação tem por fito liberar o imóvel; o processo toma dois possíveis caminhos, o do acordo e o da licitação. Claro que o credor hipotecário pode ser pago da divida, integralmente, se, em vez de pedir remição, o adquirente do imóvel paga a divida (pagamento com sub-rogação). O que a lei regula é a ação de remição <não a consignação do débito, pelo terceiro adquirente).

A pretensão do ad. 398, II, do Código de Processo Civil, é a de sub-rogar-se *(jus succedendi)* na pretensão obrigacional e *no direito real* de garantia do credor da primeira hipoteca (aliás, da anterior, ou anteriores): o imóvel continua gravado duas ou mais de duas vozes.

2.REMIÇÃO PELO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. No art. 394, reproduzindo, em parte, o ad. 815, § 1.~, o Código Civil estabelece: "Se o adquirente quiser forrar-se aos efeitos da execução da hipoteca" aliás, se quiser forrar-se à eficácia da hipoteca, e não só aos efeitos executivos "requererá a citação dos credores hipotecários no prazo referido no artigo anterior, propondo, para remição, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel".

O adquirente do imóvel tem três atitudes a assumir:

(1)ou deixar que passem os trinta dias a que se referem os arts. 815, § 1Y, do Código Civil, e 394 do Código de Processo Civil, podendo ver ser executada a hipoteca sobre o imóvel que adquiriu, com as conseqüências do ad.

816, § 2.Õ, do Código Civil; (2) ou depositar a importância da dívida, exatamente nos casos em que o devedor o poderia fazer, ou (3) propor a remição. Tal remição supõe: a) prova documental de que o autor adquiriu o imóvel, com o que simultaneamente prova achar-se dentro dos trinta dias; *b)* a indicação da importância pela qual se propõe resgatar o imóvel, não podendo ser inferior ao preço por que adquiriu Esse bem. (Se o preço do imóvel excede a divida, não se trata de ação de remição, e sim de pagamento com sub-rogação, simplesmente.) Adquirente, e não só o comprador. Se há mais de um adquirente e só um exerce a pretensão de remir, sub-roga-se nos direitos dos outros adquirentes (Código Civil, art. 891, parágrafo único), dando-se a hipoteca sobre o prédio próprio, *remido em parte indivisa* (Código Civil, ad. 628, III).

Diz o ad. 395 do Código de Processo Civil: "Se o credor, citado, não se opuser à remição, ou não comparecer, lavrar-se-á termo de pagamento e quitação, e o juiz ordenará por sentença o cancelamento da hipoteca". E o parágrafo único: "No caso de revelia, consignar-se-á o preço à custa do credor".

Se o credor, citado, não se opõe, ou não comparece (diz a lei). Distingamos os dois casos: se não se opõe, lavra-se o termo, com a quitação, ordenando o juiz, pela sentença de homologação, o cancelamento da hipoteca. Sentença de mandamento, e não só constitutiva. A não-oposição significa, aí, aceitação, ato de *declaração de vontade,* sujeito a regras sobre capacidade, defeitos, etc. Se não comparece, a sentença é constitutiva, com forte dose de elemento mandamental, pela contumácia do credor hipotecário citado. Não há ficção da lei; há *declaração de vontade,* pela não comparência. Há tantas declarações de vontade quantos os credores citados.

No caso de revelia, consigna-se a quantia que fora proposta, e, agora, se tem por aceita. Tal consignação não é preparatória ou para solução (arts. 314-318). Não importa em ação de consignação em pagamento. É depósito em execução de sentença em ação constitutiva; quer dizer: não suscetível de ser "contestada". Vale tanto quanto o depósito dos bens de ausentes, ou dos saldos do réu reveL *Antes dele* está uma sentença; em vez do depósito nas consignações em pagamento, que só têm sentença, *no fim.*

O devedor não é ouvido, menos ainda citado. O imóvel a ser remido não é dele, é, agora, de outrem, ou sempre o fora *(aliter,* Código de Processo Civil. arts. 986-991). A remição pelo adquirente não lhe interessa; nem mesmo, pois, se Ele paga a dívida: não lhe advém qualquer interesse.

Note-se que o credor sofre as despesas. O elemento ai é declarativo e não condenatório. Portanto, não se inquira da culpa.

No art. 396, o Código de Processo Civil focaliza a espécie em que o titular do direito de hipoteca impugna a oferta de remição: "Se o credor, citado, comparecer e impugnar o preço oferecido, o juiz mandará promover a licitação entre os credores hipotecários, os fiadores e o próprio adquirente, autorizando a venda judicial a quem oferecer maior preço". No § 1.0: "Na licitação, será preferido, em igualdade de condições, o lanço do adquirente".

No § 2.0: "Na falta de arrematante, o valor será o proposto pelo adquirente". No art. 397: "Arrematado o imóvel e depositado, dentro de quarenta e oito horas, o respectivo preço, o juiz mandará cancelar a hipoteca, sub-rogando-se no produto da venda os direitos do credor hipotecário".

Se o credor, citado, impugna, cabe ao juiz mandar proceder à licitação. O Código Civil disse: "O credor notificado pode, no prazo assinado para a oposição, requerer que o imóvel seja licitado" (art. 815, § 2.~). O

Código de Processo Civil, art. 396, entende que, havendo oposição, está implícito o pedido de licitação. Não há contradição entre os dois textos; nem, portanto, questão de derrogação do Código Civil.

Licitação está, aí, em sentido próprio, tal como se usava nas ações divisórias romanas. O circulo dos licitantes não compreende mais do que os credores hipotecários, os fiadores e o mesmo adquirente <Código Civil, art. 816). A venda do prédio faz-se, então, a quem der maior preço pelo imóvel. Em igualdade de condições, prefere-se o lance do adquirente. Se não há licitante, os credores têm de receber o valor proposto pelo adquirente, a sentença é *con8titutiva,* com o elemento de mandamento a que nos referimos a propósito do art. 395.

Preferido o adquirente, ou porque licitou pelo valor proposto, ou porque ofereceu lance maior, dá-se a remição por aquele ou por esse valor, e a sentença é constitutiva, com o elemento de mandamento.

Desde que o credor ou os credores deixaram de aceitar a proposta do

adquirente (Código de Processo Civil, art.

396), que é declaração de vontade, como outra qualquer, essa desapareceu, para os efeitos de oferta de remição; de modo que o adquirente fica livre para licitar ou não. ia não se tire poder remir por menos daquilo que ofereceu, *in limitas. É* certo que o Código, na falta de licitação, toma como base da remição o valor que *fora* proposto pelo adquirente. ~ Como se há de construir esse "reviver" do valor proposto? *(a)* ~ Há nova *declaração de vontade* do adquirente, pelo fato de não licitar? *(b)* LOu se entende que continuou a declaração de vontade do adquirente como lance mínimo? *(c)* a ou é processual o critério da lei, para que seja útil o processo? A verdadeira construção é a da solução (a), de modo que, na espécie, pode acontecer algum defeito de vontade do adquirente na declaração nova. Outra solução, que é *(d),* a de existir simples enunciado de fato sobre o valor *(comunicação de conhecimento,* afirmação sabre a exatidão do preço), poderia parecer a verdadeira: não se trataria de contra

-to com *maus ex publico,* mas de licitação, no sentido estrito, para se apurar o verdadeiro valor do imóvel. O

credor "impugnaria" o valor oferecido, e a licitação seria meio de prova. A despeito do impugnar" do art. 396, não é esse o entendimento da lei: impugnar" está em sentido não-técnico, por lapso do legislador; tanto assim que o seu contrário seria "no se opor (art. 395, *verbis* "nilo se opuser"). Não há impugnação de afinações; mas recusa de *proposta.* A lei, tal como ocorreu com o direito romano (L. 5, 1., *de officio iudicis,* 4, 17; L. 3, § 1, C., *de comrnuni dividundo,* 3, 37), a respeito do bem *comum,* teve de dar essa solução ao problema de técnica legislativa (cp. arts. 405410). É interessante consignar-se que a velho CORREIA TELES *(Digesto Português,* II, § 1.097) viu o problema sutil e de grande valor prático, faltando-lhe apenas a ciência posterior debulhadora de conceitos.

Disse ele, falando de corrigir a má avaliação dos bens entre herdeiros (hoje, art. 508, parágrafo único): "corrigir a má avaliação dos bens, por meio da licitação" *(sià);* portanto, nenhuma *declaração de vontade, prova.* O que as herdeiros alegaram contra as avaliações foram *afirmações.* Ao contrário do que se passa na competição do ad. 396, que consulta interesses múltiplos dos declarantes.

Diz o Código Civil, no art. 816: "São admitidos a licitar:

1. Os credores hipotecários. II. Os fiadores. III. O mesmo adquirente". No § 1.0: "Não sendo requerida a licitação, o preço da aquisição ou

aquele que o adquirente propuser, haver-se-á par-definitivamente fixado para a remição do imóvel, que, pago ou depositado o dito preço, ficará livre de hipotecas". No § 2.0:

"Não notificando o adquirente, nos trinta dias do art. 815, § 1.">, aos credores hipotecários, fica obrigado: 1. As perdas e danos para com os credores hipotecários. II. Às custas e despesas judiciais. III. À diferença entre a avaliação e a adjudicação, caso esta se efetue". No § 3.0: "O imóvel será penhorado e vendido por conta do adquirente, ainda que Ele queira pagar, ou depositar o preço da venda, ou da avaliação, exceto se o credor consentir, se o preço da venda ou da avaliação bastar para o solução da hipoteca, ou se o adquirente a resgatar. A avaliação não será nunca em preço inferior ao da venda". No § 4.0: "Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente, que sofrer expropriação do imóvel mediante licitação, ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que por causa de adjudicação, ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente á da compra e o que suportar custas e despesas judiciais". No § 5.0: "A hipoteca legal É remivel na forma por que o são as hipotecas especiais, figurado pelas pessoas, a que pertencer, as competentes, segundo a legislação em vigor".

Com a licitação, depositado o preço, profere o juiz a sentença <a lei não é explícita, mas decorre menos da analogia com o art. 395 do Código de Processo Civil e outras regras jurídicas do que da natureza da relação jurídica processual) e, vencendo o adquirente, manda cancelar a hipoteca (efeito constitutivo negativo da sentença). O credor hipotecário, que vencer, assiste à sub-rogação *legal* dos seus direitos no produto da licitação, sem ter havido remição do bem, e a sentença terá sido executiva, tendo-se dado *conversão legal do processo.* Se forem dois ou mais os credores, procede-se *pro rata,* ou segundo a relação entre eles.

A sub-rogação opera-se de pleno direito, com efeitos desde o momento em que o juiz ultima a licitação, embora a hipoteca só se cancele depois de proferida a sentença.

No ad. 398, o Código de Processo Civil estatui: "Não se fará necessária a remição, quando o credor outorgar a escritura de venda do imóvel e a assinar com o comprador".

Se o credor adquiriu o imóvel e não fez cancelar-se a hipoteca, ou se lhe foi outorgada procuração em causa própria, e aliena o imóvel, entende-se, *interpretextinamente,* que o alienou sem a hipoteca. *Áliter,* por força do ad.

398 do Código de Processo Civil, se, sem ressalva, ou sem afastar, de qualquer modo, a incidência da *ius interpretativum* do art. 398, assina a escritura de hipoteca, com o alienante e o adquirente. Tem-se, ai, a sua atitude como de renúncia à hipoteca.

O caso do Código de Processo Civil, art. 898, é o de extinção da hipoteca, ou por ato do devedor hipotecário, ou do adquirente, ou por liberalidade do credor hipotecário. O art. 398 abstrai da *causa.* Desde que o credor hipotecário é um dos figurantes da escritura de venda e assina, o cancelamento da hipoteca pode ser exigido ao oficial do registro. Â regra jurídica é mais de direito material do que de direito processual. Explica-se a sua inserção no Titulo XV, pela ligação aos arts. 399403, pela sugestão do art. 269 do Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, e pelo exemplo de alguns Códigos estaduais (Minas Gerais, ad. 856; Bahia, art. 603; Distrito Federal, art.

610). Mais feliz do que Eles. No Decreto n. 370 dizia-se não ser "necessária" a ação de remição quando o preço bastasse para pagar a divida hipotecária. Evidentemente, melhor é a expressão do Código de Processo Civil.

Porque não só no ,caso de bastar o preço, o consentimento do credor redime a hipoteca. A regra jurídica subentendia-se no Código Civil, porque, se há solução da divida, nenhuma idéia há de ação, de remição, de justiça. Já houve! Aliás, a pretensão a remir que tem o adquirente só lhe nasce se recebeu gravado o imóvel. O

Decreto n. 370 falava de "ação de remição", que "não é necessária". Na verdade, tal ação não existe, porque não existe a pretensão. O Código de Processo Civil, ad. 398, não inovou o Código Civil, como afirmam alguns comentadores. Sempre foi assim, pela definição mesma de remição.

Nenhuma exigência de depósito é de se fazer. O adquirente nada tem com a relação entre o alienante e o credor hipotecário. Tudo se passa, a despeito da co-participação formal na escritura, segundo os princípios. No fundo, há duas operações, uma entre o alienante e o credor, e outra entre o alienante e o adquirente. O valor do ad. 398 é apenas regra sobre se considerar isento de ônus hipotecário, desde esse momento, o imóvel. A questão que pode surgir (e tem importância prática) é a de se saber se essa regra jurídica é de direito cogente, dispositivo ou interpretativo (valendo, pois, em caso de dúvida). É interpretativo.

~É preciso, no caso do art. 898, que o adquirente peça ao juiz expedição de alvará para o cancelamento da hipoteca? De modo nenhum. O oficial do registro, examinando a escritura e sabendo que a regra jurídica do art.

398 é lia *inter'pretalivum,* cancela; se tem dúvida que merece apreciação do juiz, procede de acordo com os princípios do direito dos registros públicos. Sem razão, CÂMARA LEAL *(Comentários,* V, 213).

O art. 398 do Código de Processo Civil só se refere à extinção da hipoteca, e não à extinção da dívida.

3.REMIÇÃO PELO TITULAR DO DIREITO DE HIPOTECA POSTERIOR. O Código Civil, art. 814, dispôs:

"A hipoteca anterior pode ser remida, em se vencendo, pelo credor da segunda, se o devedor não se oferecer para remi-la" (aliás, aqui, certo o emprego do verbo pagar a dívida e extinguir a hipoteca). Não há, no texto, remição, mas exercício do *ius offerendi et succedendi,* solução pelo terceiro, com os efeitos de *sub-rogação pessoal.*

Lê-se no ad. 399 do Código de Processo Civil: "O credor poderá requerer a remição da hipoteca, embora não vencida a dívida".

O Código de Processo Civil não criou, no ad. 399, novo caso de solução da divida hipotecária pelo credor de outra divida hipotecária (posterior), nem derrogou, sequer, o Código Civil, art. 814; ainda é preciso que esteja vencida a divida, para que o credor hipotecário requeira a solução e a conseqüente sub-rogação, pode fazê-lo

"embora não vencida a dívida" correspondente ao seu crédito *hipotecário.* A primeira, a anterior (para bem interpretarmos os dois Códigos), tem de estar *vencida* (Código de Processo Civil, ad. 393, II, *verbis* "em qualquer tempo depois do vencimento da primeira").

Qualquer dos credores ou quaisquer de todos os credores posteriores. Havendo concorrência de pedidos de desinteressamento e sub-rogação, não há rateio; cada credor mais antigo prefere ao menos antigo ("primeira",

"segunda hipoteca", Código de Processo Civil, arts. 393, II, e 400). O fundamento é o de se evitar que as hipotecas mais antigas cheguem a exaurir o valor do imóvel, com os juros e as despesas de execução. Por isso mesmo, se a mais nova se vence antes da mais antiga (art. 399, *verbis* "embora não vencida a dívida"), a pretensão nasce ao se vencer

a anterior, ou alguma das anteriores, ou se venceram algumas, ou todas as anteriores.

O vencimento da divida hipotecária de que é credor aquele que obteve a solução e a sub-rogação faz nascer nos credores de hipotecas posteriores a pretensão a solver pelo devedor e conseguir sub-rogação *(olferendi et succedendi).* A concentração num só apenas depende dos vencimentos das anteriores, se o credor mais nOvo intenta todas as ações que lhe forem nascendo.

O erro de se chamar remição à sub-rogação pessoal dos arts. 399403 do Código de Processo Civil veio do Código Civil. No direito anterior, sempre se caracterizou, e bem, o instituto (CoEaZIÂ TELaS, *Digesto Portuguá,* 1, §

1.101); foi o Projeto de COELHO RoDltIGUEs, ad. 1.708, o culpado de se dar ao negócio jurídico nome inadequado, que se deve corrigir quanto antes. O instituto da sub-rogação hipotecária nada tem de remição.

Também se opera quando o dono do imóvel, que o submeteu a hipoteca para garantir divida de outrem, ou o possuidor, exerce a sua pretensão de evitar que se lhe execute o bem (B. WINDSOBEm, *Lehrbuch,* 9~8 ed., 1, 1190). O Código certamente que a tem (arts. 390, 931 e 985, III).

O caso não é de requerimento, mas de *pedido.* Se a hipoteca a ser remida está sendo executada, antes da primeira praça, não se admite a solução da dívida e conseqüente sub-rogação pessoal, nem depois de assinado o auto de arrematação (ad. 408).

Os dois documentos a serem juntos são a certidão da sua hipoteca e a da hipoteca do credor. Se pede a subrogação quando no juízo da execução da hipoteca anterior, é dispensável a certidão dessa.

Está no Código de Processo Civil, art 400: “Se o credor da segunda hipoteca requerer a remição, juntará o título e certidão da inscrição da anterior e depositará a importância devida

ao primeiro credor, pedindo a citação deste para levantar o depósito e a do devedor para, dentro do prazo de cinco dias, remir a hipoteca, sob pena de ficar o requerente sub-rogado nos direitos creditérios, sem prejuízo dos que lhe couberem em virtude da segunda hipoteca”

A citação é para que o outro credor levante o depósito <consignação de terceiro em solução) e para que o credor preste a *declaração de*

vontade que é de mister (em escritura pública de quitação ou quitação por termo nos autos). O depósito não pode ser levantado pelo depositante dentro dos cinco dias, porque o credor citado pode estar providenciando, ou ter providenciado para cumprir a alternativa <quitar ou sofrer o processo de constituição negativa"). Vindo a juízo o contestando, o credor da pretensão a se sub-rogar pode desistir da demanda e levantar o depósito. A consignação em depósito é suscetível de ser contestada, de acordo com o Código de Processo Civil, art. 316, pr. (em dez dias, prosseguindo com o rito ordinário, Código de Processo Civil, art. 317, § 2.0).

Na contestação, pode alegar o citado: (a) que ao credor que faz o pedido falta legitimação, por ser nula a sua hipoteca, ou por ser posterior à do citado, ou por ter renunciado à sua pretensão (o art. 814 do Código é de direito dispositivo); (E» que o citado tem outra hipoteca posterior á do pretendente à sub-rogação, de modo que vale, nesse e noutros casos, a regra *Nemo si.tbrogat contra* se (a velha regra não precisa estar em Códigos para que valha; assim se entende, por exemplo, a despeito de não haver o § 268, 3□8 alínea, do Código Civil alemão, no direito suíço, no qual se vê a aplicação de H. LEEMANN, *Sackenrecht,* no *Kommentar* de M. GMtIR, IV, II Parte, 858, e H. BECKER, *Das Obligationenrecht,* na mesma obra, VI, nota 8 ao art. 110); <e) que a divida da primeira hipoteca não se venceu; (ci) que se dá o caso do art. 403, ti *tine; (e)* que o depósito não é integral e o que pretende desinteressá-lo deseja todo o crédito. (Alguns comentadores não atenderam a que o fudamento do art.

814 do Código Civil é estar o segundo credor interessado em que sobre valor para garantir o seu crédito e ser a divida divisível, nem a que existem os art. 989 e 990 do Código Civil, regra, essa, sempre aplicada, nos diferentes sistemas jurídicos, ao caso da sub-rogação hipotecária, ainda em falta de texto. Dai não ter fundamento o que sustentam alguns comentadores.)

Se o devedor não comparece, nem se manifestou por ato extra judicial bastante, o que depende de informação dele, do credor hipotecário citado, ou do próprio credor que pretende a sub-rogação no crédito do outro, são os autos conclusos ao juiz, que julga o desinteressamento do primeiro credor, para os fins pedidos. Esse desinteressamento é solução da divida ativa do primeiro credor sem que se extinga a divida do dono do prédio, ou do que obteve prédio de outrem em garantia do seu crédito. Não há qualquer discontinuidade entre os dois momentos, pois a sub-rogação se opera de pleno direito (Código Civil, art. 985, 1). O que o juiz julga é o desinteressamento do credor citado. A sentença é constitutiva. A sub-rogação não é constituída por ela; mas

pela lei. Por Isso mesmo, se houve vontade contrária do credor autor, não importa, se não desistiu da demanda (art.

206>; desde que se profira a sentença, a sub-rogação é efeito acessório da sentença, *pleno iure.* Se o credor autor não quer a hipoteca, tem de renunciar a ela, por forma legal. Qualquer ato no registro do imóvel, depois de passada em julgado a sentença, tem efeito somente acautelante: a substituição subjetiva ativa se operou com a sentença, no momento em que se publicou.

O ato de desinteressamento do credor réu pode ser por termo nos autos, se comparece, por si, ou por procurador.

A sentença é suscetível de apelação, em ambos os efeitos <Código de Processo Civil, arfa. 820 e 830, § 2.9.

O devedor é litisconsorte passivo. Se não comparece, nem solve a divida, desagravando-se o imóvel, com a necessária comunicação ao juízo, ~o juiz há de ter seu silêncio como *declaração de vontade,* ou como *contumácia?* A primeira construção é que é a certa, com todas as conseqüências que dai resultam.

O *ius solvendi et liberandi* do devedor exerce-se para excluir a sub-rogação; em vez de ser o credor autor que desinteressa o credor réu, é ele, devedor, litisconsorte passivo, que o desinteressa, solvendo a dívida. Na subrogação voluntária (evite-se dizer "convencional", porque há a sub-rogação por õeclarftçtio unilateral de vontade, Código Civil, ad. 986, 1), a substituição depende da vontade do devedor. Na sub-rogação legal, que é a dos arte.

399-403 do Código de Processo Civil, o devedor não tem qualquer atuação na constituição do desinteressamento ou do efeito sub rogativo Pode, apenas. *exclui-los de antemão,* solvendo a divida. Como a posterioridade das hipotecas não prejudica, pode o devedor hipotecar de novo, ao mesmo credor, o prédio. O art. 402 constitui a regra de direito processual correspondente à pretensão do devedor a impedir o desinteressamente sem remição do imóvel, a que o Código Civil, ad. 814, § 1.0, chamou, impropriamente~ remição *(verbis* "e o devedor para renxi-la, se quiser").

O devedor é litisconsorte e tem de se submeter à quitação por termo nos autos, julgando-se a causa para se levantar e depósito, ou ordenando o juiz que fique à disposição do depositante. O credor que foi citado está inibido de receber do devedor, sem ser em juízo, devido à pendência da lide. Foi citado e tem de se desinteressar.

Se recebe do devedor, sem ser em juízo, em vez de levantar o depósito ou receber em juízo, responde pelas despesas que forem feitas pelo credor autor desde o seu ato; e arrisca-Se a que, proferida a sentença constitutiva, o autor obtenha a sub-rogação e o devedor proponha a ação para haver a quantia com que pensara solver a dívida, se pagou, a despeito de haver sido citado, para evitar prejuízo maior, sob pressão do credor. Aliás, em qualquer juízo a alegação da litispendência basta para que não possa ser eficaz qualquer atividade processual noutro juízo, ou no mesmo, do credor citado.

A sentença é apelável e recebida em ambos os efeitos (Código de Processo Civil, arts. 820 e 880, § 2.0).

Lê-se no Código de Processo Civil, ad. 403: "Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca. a remição, que-abrangerá a importância das custas e despesas realizadas, não se efetuará antes da primeira praça, nem depois de assinado o auto de arrematação".

O caso do ad. 403 do Código de Processo Civil é o de já estar sendo executada a hipoteca do credor anterior.

Tem-se de pedir o desinteressamento desse credor no tempo que medem entre a primeira praça e a assinatura do ato de arrematação. O art. 408 concerne somente à ação de desinteressamento do credor hipotecário (Código de Processo Civil, arts. 399402); não se aplica à remição pedida pelo adquirente do imóvel <arte. 393-897). Se o pretendente adquiriu o imóvel, sem se haver dado o caso do ad. 398, e sobreveiO g execução ao tempo de propor a ação, cabe observar-Se o ad. 393, 11 "em qual4uer tempo" até a assinatura do auto de arrematação (arg. aos arta. 976 e 986 do Código de Processo Civil).

A citação do devedor é indispensável para que solva a divida. Alguns comentadores criticam o Código por permitir a ação de desinteressamento do credor, pendente a execução, porque, se e. execução hipotecária está sendo processada, é "exatamente porque o devedor, citado, deixou de executar o resgate" *(e. g.,* CÂMARA LEAL, *ComentárioS,* V, 227). Sem razão. Nem o ad. 968 do Código de Processo Civil é argumento contrário.

Sena absurdo reduzir-se a pretensão do credor posterior a direito de concorrer à execução. Ele tem pretensão ao desinteressamento, como Se f6sse o devedor que estivesse pronto a pagar, a liberar o imóvel (Código de Processo Civil, ad. 986); por isso mesmo, enquanto o devedor pode pagar, tem de ser citado. A lei está. certa. As questões

únicas são as de se saber *onde* cone o feito e *como* se processa. Os art. 136 e 138 do Código de Processo Civil respondem à primeira: pendente a execução a ação do art. 403 é acessória. Os arts. 986-991 permitiriam processar-Se dentro da execução, porém aconselhável é que se processe em separado, apensando-se quando for preciso. O despacho suspende a segunda praça ou qualquer ato que se tenha de praticar depois da primeira praça e antes da assinatura do auto de arrematação, até que o juiz decida sobre o pedido leito pelo‟ credor.

O ad. 986, § 1.0, do Código de Processo Civil, cogita da pretensão do cônjuge, descendentes, ou ascendentes, do executado à remição. O "devedor", diz o ad. 400. No caso do ad. 403, porque aquela pretensão nasce do fato de haver execução, tem-se de entender que podem eles intervir, *reraindo o ben.*

A propositura da ação do ad. 400 exclui as praças. Desde que se deposite a importância da divida (principal, juros, multa, custas e despesas *realizadas),* nenhuma competição pública se dá: *desinteressado* fica o credor executante; e sub-roga-se nos direitos dele o outro credor, que pode continuar a execução. A sub-rogação pessoal é de direito material e de direito processual, inclusive para o efeito da automática substituição subjetiva ativa na relação jurídica processual.

§ 2.513. Falência ou insolvência e remição

1.PROCESSO COMUM DA ARREMATação E REMIÇÃO. No processo comum da arrematação, realizada a praça há a remibilidade do bem, em geral, a) pelo executado, ou ~» pelo cônjuge, ascendente ou descendente; mas, ocorrendo falência do devedor hipotecário, o direito de remição transfere-se à massa (Código de Processo Civil, art. 986, § 2.0).

2. FALÉNCIA E REMIÇÃO. No Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, o art. 119 diz que "os bens gravados de hipoteca serão levados a leilão na conformidade da lei processual civil, notificado o credor, por despacho do juiz, „ri prejuízo do disposto nos arts. 821 e 822 do Código Civil".

IA-se no Código Civil, art. 821: "No caso de falência do devedor hipotecário, o direito de remição devolve-se à massa, em prejuízo da qual não poderá o credor impedir o pagamento do preço por que foi avaliado o imóvel. O

restante da divida hipotecária entrará em concurso com as quirografárias. No caso de insolvência, cabe aquele direito aos credores em concurso".

Estatui o ad. 822 do Código Civil: "Pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua divida, requerer a adjudicação do imóvel, avaliado em quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade".

Primeiramente, observemos que "devedor hipotecário", no art. 821, não é o devedor do crédito garantido por hipoteca de prédio de propriedade de outrem, ou de que outrem é enfiteuta: é o dono do prédio hipotecado, ou o enfiteuta, se a hipoteca é de enfiteuse. Por outro lado, "credor hipotecário" é o titular do direito de hipoteca.

O direito de remição transfere-se, *ipso iure,* à massa; mas, se o imóvel foi avaliado em menos do que é a importância da hipoteca, tem o titular do direito de hipoteca a *pretensão a adjudicação,* dando quitação pelo total da divida. O art. 822 é exceção às regras jurídicas do ad. 821, 1.8 alínea (falência), e do art. 821, 2.8 alínea (insolvência>. Tanto no caso de direito de remição transferido à massa (2.8 Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 18 de janeiro de 1929, *Á. .7.,* 11, 46) como em se tratando de pretensão à adjudicação, o exercício das pretensões independe de existir hasta pública.

A pretensão à remição, que tem o cônjuge, ascendente ou descendente do executado, é ao lado da pretensão do próprio executado (Código de Processo Civil, art. 986, § 1.0). Se é julgado falido o executado, ~ o direito dele, que passa à massa, é o direito dele e do cônjuge, ascendente, ou descendente, ou só o dele? A solução certa 6 a de se tratar o direito do cônjuge, do ascendente, ou do descendente, como *ao Lado,* e não *em lugar* do direito do executado, conforme expusemos nos *Comentários ao Código de Processo Civil,* VI, nota 5 ao ad. 986. No mesmo sentido, Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de abril de 1918 *(R. doa T.,* 25, 443, e 5~8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 1.0 de novembro dê 1938, 93, 357).

3. INSOLVÊNCIA E REMIÇÃO. Se há concurso de credores não-falencial, o dono do bem hipotecado, ou o enfiteuta, se trata de hipoteca de enfiteuse, não tem *pretensão* a *remição,* porque essa se transfere, *ipeo iure,* aos credores em concurso (Código Civil, ad. 821, alínea 2.8). Todavia, se o bem foi avaliado em quantia inferior à divida garantida (= valor da hipoteca), tem o titular do direito de hipoteca *pretensão a adjudicação* (Código Civil, art. 822) pelo quanto

devido.

§ 2.514. Remição e hipoteca legal

1. HwoncA LEGAL E INCIDÊNCIA SUB-ROGATIVA LEGAL. A hipoteca legal inscreve-se e especializa-se para que se satisfaça exigência da lei. Não se pode pôr. de lado essa exigência, que já estava satisfeita com a inscrição e a especialização, sem por outro modo se atender à lei. Só há remição de hipoteca legal se há subrogação real.

2.REMIÇÃO COM BASE NO ART5. 814 E 815 DO CÓDIGO CIVIL. Nos casos de hipoteca legal, que é a resultante do favor conferido, pela lei, a certos créditos, ou pretensões (de origem *histórica,* múltipla, digna de exame, que já antes se fez), é a lei que subordina o bem à garantia. Chamá-las "tácitas", como se entendeu por muito tempo, *e. g.'* Lei de 20 de junho de 1744, § 38, e ao mesmo tempo "legal" ("... sua tácita e legal hipoteca"), denunciava a confusa passagem de uma para outra concepção, a da vontade presumida, ficta, ou semelhante, e a que excluiu a referência a tacitude (cp. TEIXEULA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* ad. 1.270).

O ad. 404 do Código de Processo Civil concerne à ação de‟ remição do adquirente do imóvel (arts. 393, 1, 398 e 403) e à de desinteressamento do credor anterior (arts. 899403).

A regra jurídica (a) regula a remição e conseqüente sub-rogação legal na hipoteca legal, bem como o desinteressamento do credor anterior e conseqüente sub-rogação legal na hipoteca legal. Subsume-se no princípio geral da remição ou desinteressamento e conseqüente sub-rogação legal das hipotecas. São outros princípios subsumidos *(b)*- o da remição ou desinteressamento e conseqüente sub-rogação legal das hipotecas convencionais, de que tratamos até agora, como caso mais vu!gar; e (o) o da remição ou desinteressamento e conseqüente sub-rogação convencional ou negocial unilateral nas hipotecas convencionais ou negócios unilaterais e legais, que escapa ao nosso assunto de agora (Código de Processo Civil, arta. 629 634, 986-991). São casos principais de hipoteca legal os do art. 827 do Código C vil. O adquirente do imóvel (Código de Processo Civil, ad. 398, 1) ou o credor posterior (Código de Processo Civil, art. 400), quando tiver de propor a ação ali de remição e aqui de desinteressamento, não precisa citar o órgão do Ministério Público, esse intervém", por força de regra completa, e não de arbítrio. Se não se observou o Código de Processo Civil, art. 404, dá-se a nulidade

"não cominada" do art. 273 do Código de Processo Civil. O órgão do Ministério Público, uma vez citado, ou tendo se lhe dado vista, exerce aquela função de que falamos à nota 2) ao art. 334 dos *Comentários ao Código de Processo Civil.* Pode opor-se ao pedido, ainda quando surjam as espécies dos arts. 395 e 401 do Código de Processo Civil; mais: deve ser ouvido antes de qualquer ato do credor a ser substituído ou devedor citado. Bom é, portanto, que o autor peça a citação, uma vez que toda remição ou todo desinteressamento será nulo sem a sua audiência. Se não comparece, ou não fala, não há declaração de vontade dele; e sim contumácia, com infração de deveres funcionais. A sua audiência não dispensa a citação do curador do Incapaz a que a hipoteca legal beneficia.

3.SUB-ROGação REAL, COM REMIÇÃO CONSEQOENTE. Se a pessoa cujo bem imóvel foi inscrito e especializado como hipotecado *ex lege* quer substitui-lo por outro, tem de pedir a sub-rogação real, com invocação dos arts. 629-682 do Código de Processo Civil, posto que, no art. 629, só se aluda a bens

"inalienáveis".

§ 2Z15. Arrematação e remição

1.SITUação DO TITULAR DO DIREITO DE HIPOTECA, EM CASO DE TER DE SER POSTO EM HASTA PUBLICA O BEM HIPOTECADO. Lê-se no art. 971 do Código de Processo Civil: "Os credores com hipoteca inscrita e senhorio serão notificados da arrematação que versar sobre o domínio útil de bens enfitêuticos".

O art. 971 do Código de Processo Civil é de péssima redação: os credores com hipoteca sobre os imóveis têm de ser notificados da arrematação desses *imóveis hipotecados,* desde que não sejam partes na ação executiva de titulo ou de sentença (Código Civil, art. 826); os senhorios é que serão notificados da arrematação do domínio útil dos *bens enfitêutico* (art. 689), bem assim os titulares de hipoteca da enfiteuse. Em ambos os casos, a notificação é *anterior* à arrematação, pois que é para que possam assistir à praça.

2.NOTIFICação E FALTA DE NOTIFICação. (a) Resta saber se, notificado o credor e ficando inativo, perde o direito à hipoteca. O próprio CLOVIS BEVILÁQUA *(Código Civil Comentado,* 3□8 ed., III, 464) mudou de opinião, reputando indiferente a inação. A alienação

judicial é válida (se não tivesse havido a notificação, não no seria); porém a presença, a atividade ou a ausência do credor hipotecário não o prejudica.

(b) Entendia AMILCAR DE CASNO *(Comentários, X,* 293) que, não havendo a notificação do credor hipotecário, Mm *sequer* é nula a arrematação, ainda em face do Código Civil, art. 826. Mas o Código Civil foi explícito: "Não será válida a venda judicial.. .". No terreno do direito processual, a alienação não é válida (art.

278) ; não se opera a sub-rogação do bem no preço: o ônus real *no bem* não se extingue, ainda que se venha a aplicar o art. 273 ou alguma das regras jurídicas dos art. 274, 275, 277 e 278 do Código de Processo Civil.

As soluções para o caso da arrematação do bem hipotecado ou anticrético são, *de lege ferenda,* entre si discordantes:

a) permanência inexcetuada do direito real de garantia *(tese),* de modo que o preço da arrematação seria, sempre, x menos y, o valor da hipoteca, sendo *z* o da divida; *b)* a execução importa em se verter o valor do bem, portanto x, do qual se haveria de tirar o quanto, y, para a solução da divida garantida *<antitese); c)* uma vez que se penhorou o bem, *menos* o valor da dívida, há-se de notificar o credor hipotecário ou anticrético, que sofrerá a substituição do seu crédito real pelo depósito do equivalente, *em virtude da identificação.* Aqui, ou se tem por *nula* a arrematação em que não houve a notificação, a despeito de só se ter penhorado x menos y, ou por *ineficaz.*

O Código Civil, art. 826, reputou-a *nula* (não-válida>, de modo que, no caso de notificação, se dá a extinção da hipoteca *vô2idamente,* mas, no caso de se não-notificar, a extinção se opera *nulamente,* ficando sempre em depósito o quanto da divida. Cf. Código Civil, arts. 849, VII, e 762, II. A hipoteca não permanece, porque, se a nulidade é *pleno iure,* ainda quando é *pleno iure a* nulidade, algum ato judicial, mesmo que seja de plano, é necessário para ser decretada. E não se invoquem o art. 146 e o parágrafo único do Código Civil, porque se trata de nulidade *processual.*

A arrematação ou adjudicação é nula, porém a nulidade não é inexistência, nem, sequer, ineficácia. Se o juiz assinou o auto e o credor hipotecário não interveio, a arrematação vai produzir os seus efeitos enquanto não se desconstituir. Inclusive, o juiz terá de ver desenrolarem-se os atos de sub-rogação do bem quanto ao registro; salvo se a arrematação foi feita, detrata a hipoteca, isto é,

reconhecendo o arrematante que o bem continua gravado. Se a sub-rogação se operou, embora nula, por ser nula a arrematação, então será preciso que se desconstitua o ato nulo. Ora, para se desconstituir o ato nulo, ou se propõe a ação de nulidade, ou a ação mandamental negativa, de elemento constitutivo negativo envolvido (embargos do executado ou embargos de terceiro), enquanto é tempestivo propô-la (arts. 1.009, 1.011 e 708). Se, fora da execução, a ação constitutiva negativa é exercivel, isto é, fora dos embargos, é outra questão que merece trato à parte.

Se o credor hipotecário foi notificado, a alienação vale, e dá-se, eficazmente, a sub-rogação no preço, ou a substituição do devedor. Se o credor é anticrético, os mesmos principio. incidem.

O executado e, pois, o juiz, que lhe expropriou o poder de dispor *eficazmente,* não pode transferir ao arrematante mais do que aquilo que o executado tem. MIGUEL REINOSO *(Observationes Practicae,* 386 s.) exprimiu isso em enunciados trauslúcidos: "addictio venditio iudicialis est; ... pro venditore reputatur debitor per sententiam condemnatus, ob cuius dei,!tum bona distrahuntur, ut sententiae satisfiat: quia factum iudicis, vel superioris iubentis rem sub praeconão vendi, ut satisfiat creditori, censetur factum debitoris".

O exeqilente somente pode pretender que se lhe pague pelo que é do executado, excetuado, pois, o que *nos bens* não pertence ao executado, de modo que, a respeito de ônus impostos pelo executado, ou fato dele, *como a hipoteca,* o preço responde pelo gravame do bem, para o quê é notificado o credor hipotecário. GABRIEL

PEREIRA DE CASTRO *(Decisiones,* 302) explicou a contento a razão disso; quando, excluindo a ação hipotecária contra o terceiro, observou que "per hypothecam rei, quae accessoria est, non immutatur natura primae obligationis, imo pacto personali manente in sua natura accedit, ex qua contra tertios agi non potest". Se o credor hipotecário *neXo foi notificado,* o ad. 971 do Código de Processo Civil foi infringido (Código de Processo Civil, art. 273).

A novidade do direito processual de hoje, desde os Códigos locais, é a da notificação do art. 971. Ao tempo das Ordenações, não era necessário notificar-se para que o bem se liberasse e o direito dos credores hipotecários ou outros incidisse no preço. A Ordenação do Livro IV, Título 6, § 2, só se referia às vendas extrajudiciais. Foi como *cautela superabundante* que se insinuou a praxe da notificação (PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas ,* III, 68).

A notificação passou a ser *necessária.* O gravame cola-se ao preço, porque se dá a sub-rogação real. A notificação é para isso. Portanto, não havendo notificação, ainda que se sane a nulidade processual da arrematação, o bem *continua* gravado.

Não se confunda a falta de notificação de arrematação de bens nos quais, em processo executivo, principalmente nos editais, se reconhece a existência de ônus, com a falta de notificação se o executado nomeou, ou lha foram penhorados bens de cuja penhora e mais atos não *conste* o direito real ou a restrição de eficácia. Aqui, o caso é diferente: houve, com o mandamento judicial, invasão da esfera jurídica do terceiro, e a ação a propor-se seria a de embargos de terceiro (Código de Processo Civil, arta, 707-711). teses embargos somente podem ser opostos *antes* da assinatura da carta de arrematação, ou adjudicação (art. 708).

(c) A arrematação extingue o anus real do bem arrematado, transferindo-se para o seu preço, se o anus foi *imposto* pelo executado, não os que não foram impostos por ele ou por fato dele (SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractalus de Executionibus,* VI, 221; MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentarta,* III, 411, 412>.

Se o ônus constava do edital, o lançador pagou o preço do bem com o ônus, e então a avaliação o levou em conta como elemento diminutivo do preço, se o anua há de ser daqueles que se não podem extinguir tirando-se do preço pan pagar. Esse ônus, imposto pelo executado, ou por fato seu, como é o da enfiteuse, continua: “les emphyteutica”, dizia SILVA *(Cominentaria,* III, 408, 411, 412), “debet addici et subhastari cum omni canone et onere et transit cum eo in quemcumque successorem. Nec pactum valet, ne fundus in emptorem transeat cum onere”.

O concurso estabelece-se 1 e II) quando as dividas devedor, ou quando haja 3.CONCURSO DE CREDORES. (Código de Processo Civil, ad. 1.019, excedem a importância dos bens do protesto por preferência ou rateio.

Os titulares de direito de hipoteca têm de ser notificados das vendas judiciais de imóvel ou móvel hipotecado; mas por notificado se tem o que compareceu espontaneamente, sem nada opor, ou pediu vista dos autos e nada opôs (2.‟ Turma do Supre-no Tribunal Federal, 23 de janeiro de 1945, *R. F.,* 105, 505). *Não* os que tiveram ciência fora dos autos, portanto sem serem, “de qualquer modo, partes na execução (cf. 2.‟ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 22 de abril de 1946, *R. doa T.,* 168, 740). A comparência com alegação da

falta de notificação não é sucedâneo da notificação (Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de são Paulo, 28 de novembro de 1930, E. *dos T., 76,* 844). Se embargo de terceiro, a sorte da falta de notificação depende da sorte dos embargos (4ª Câmara Civil, 28 de fevereiro de 1932, 81, 501). Sana-se a nulidade da praça se o titular do direito de hipoteca comparece e apenas pede a instauração do concurso de credores (2.‟ Câmara Civil, 4 de agOsto de 1933, 87, 565).

Oart. 826, 2.‟ parte, do Código Civil exige a notificação dos respectivos “credores hipotecários”, se há hipotecas inscritas. Note-se: hipotecas inscritas. Não se disse, no ad. 826, 2.‟ parte, que não será válida a venda judicial dos imóveis gravados por hipoteca devidamente inscrita sem que tenha sido notificado o titular do direito de hipoteca, mas sim que não será válida a venda judicial dos imóveis gravados por hipotecas inscritas, sem que tenham sido notificados, judicialmente, os respectivos credores hipotecários. Não se falou do grau da hipoteca. A inscrição é meio de publicidade. O titular do direito de hipoteca que está no primeiro grau, com *prioridade* portanto, *conhece,* por força de lei, as hipotecas posteriores, embora a sua tenha *voracidade.* Tem-se procurado rebaixar os outorgados por inscrições posteriores à situação de credores quirografários *(e. g.,* 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de dezembro de 1931, E. *dos* 7., 76, 344; 3ª Câmara Civil, 18 de novembro de 1932, 85, 344; 4‟ Câmara Civil, 21 de fevereiro e 2 de junho de 1934, 93, 92, todos baseados em parecer de CLOVIS

BEVILÁQUA, E. *de D.,* 77, 34..); mas sem razão: os titulares de posteriores hipotecas têm de ser ouvidos, para se poderem opor, alegando inexistência, ou invalidade, ou ineficácia da hipoteca anterior, que se está a executar (certa a 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de fevereiro de 1934, E. *doa T.,* 89, 565, que todavia .ó apreciou a espécie depois de assinado o auto de arrematação sem prejuízo para os titulares de posteriores hipotecas; e a 16 de outubro de 1935, 108, 572). Ainda é tempo de corrigir-se o atentado ao *privado de* publicação (Ie Não está em causa prioridade. ou preferência; está em causa a fé pública do registro. Aliás, no Código de Processo Civil, ad. 971, fala-se. em geral, de credores com hipoteca *inscrita.*

4.INSCRIÇÃO POSTERIOR A PENHORA. Se o bem foi penhorado antes de se inscrever a hipoteca, não fica sem ação executiva no vencimento, ou nas espécies do art. 762, 1, 11 ou 111, do Código Civil, o titular do direito real de hipoteca. Apenas sobre o que corresponde à penhora, como divida, não tem preferência o titular do

direito de hipoteca posteriormente inscrita. Tal titular do direito de hipoteca tem de ser notificado, segundo o art. 826, 2.‟

parte, do Código Civil, e *o* art. 971 do Código de Processo Civil (sem razão, a 2.8 Câmara do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, a 14 de julho de 1932, *R. F.,* 59, 127; 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de março de 1930, *1?. dos T.,* 74. 62, que confundiu não ter preferência e não-validade).

5.REMIÇÃO E DISPENSA DA AVALIação. Lê-se no Código Civil, art. 818: “É licito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação. As remições não serão permitidas antes de realizada a primeira praça nem depois da assinatura do auto de infração”. O art. 818, 1.‟ alínea, refere-se às remições segundo os arte.

814 e 815 do Código Civil e às arrematações, adjudicações e remições segundo o Código de Processo Civil, arts.

963-991. Aproveita ao adquirente do bem gravado, quer alienante tenha sido o devedor dador da hipoteca quer o terceiro dador.

O art. 818, 2.‟ alínea, disse que a remição só se permite *depois* de realizada a primeira praça e *antes* da assinatura do auto de arrematação. A alínea 2.‟ do art. 818 nada tem com as remições do art. 814 *e* do ad. 815 e § 1Y e do ad. 816, § Lo, nem se o titular do direito de hipoteca requere a licitação (art. 815, § 2.~). O ad. 986 do Código de Processo Civil, referente às remições durante o processo executivo, estatal: “Realizada a praça, o executado poderá até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir todos os bens penhorados. ou qualquer deles, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitante, ou ao maior lanço oferecido”. No § l.~: “Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado”. No 1 22: “Na falência do devedor hipotecário, o direito de remição transfe rir-se-á à massa”. Entenda na falência do devedor, que é dono do bem gravado, ou enfiteuta que constituiu a hipoteca, ou na falência do terceiro dador da hipoteca, ou do adquirente do bem gravado, ou da enfiteuse gravada.

A remição é até à assinatura do auto de arremata$O, e não até à assinatura da *carta de arrematação* que é ato sentencia1 (2.‟ Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de abril de 1941, *R. dos* 2‟., 144, 802;

28 de janeiro de 1948, *Á. J.,* 87, 161; 5.ª e 6.8 Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de novembro de 1937, *R. IX,* 14, 288; 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2ª? de maio de 1941) -

A dispensa do ad. 818, alínea 1.ª, do Código Civil só se refere à avaliação. Se ela foi feita, não há mais invocá-lo, salvo se foi alegada a dispensa do tempo de se ordenar a avaliação, ou antes de se haver junto aos autos o laudo de avaliação (Código de Processo Civil, arte. 957-961), ou antes de se falar sobre ela se dela não se tinha ciência, ou se pende decisão sobre matéria de repetição da avaliação, caso em que, julgado procedente o requerimento de nova avaliação, se dispensa, ou, se o requerente da dispensa foi quem alegou o que se prevê no Código de Processo Civil, ad. 960, 1 ou II, se dispensa, decretando-se a invalidade (Código de Processo Civil, ad. 960, 1), ou a ineficácia (ad. 960, II).

A pretensão à dispensa da avaliação é *renunciável* (2.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1937, *Decisões,* 1937,11,896). Entende-se que a ela renunciaram as interessados se a ela não se opuseram a primeira vez em Que tiveram de falar sobre ter de ser feita, ou sobre o laudo junto (2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro de 1931, *R. dos T.,* 77,~ 329, por se haver tomado parte em louvação; 1.ª Câmara Civil, 30 de novembro de 1942, 145, 193).

6.CÔNJUGE, DESCENDENTES E ASCENDENTES. O ad. 818, 2” alínea, de modo nenhum limita ao executado a remição durante o processo de execução, por se não haver falado de cônjuges, descendentes e ascendentes, no Código Civil. *Antes da instalação* da *relação jurídica processual de execução,* somente pode remir a hipoteca o credor da segunda, ou o adquirente do imóvel hipotecado. O art. 966, § 1.0, do Código de Processo Civil não se pode invocar, porque seria intempestivo. *Depois da instalação da relação jurídica processual de execução,* nasce a pretensão à remição por parte do cônjuge, descendente ou ascendente (Código de Processo Civil, ad. 986, § 1.0; Código Civil, ad. 816, §§ 2.~ e 3.0). A discussão que se travou a propósito da regra jurídica do ad. 986, § 1.0, e do Código Civil, foi levada pelos dois grupos de intérpretes por invios caminhos: não se poderia fazer tábua rasa do direito processual, sustentando-se que o cônjuge, o descendente e o ascendente estariam pré excluídos da pretensão à remição, em quaisquer circunstâncias; nem se poderia deixar de atender ao direito material, no que concerne à remabilidade antes da formação da relação jurídica processual de execução. A

distinção, que acima se fez, embora não explícita, é seguida pela jurisprudência, quase toda adstrita às remições durante o processo executivo (cf. Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 11 de fevereiro de 1931, *Á. 3.,* 17, 486.

CAPITULO XVI

EXTINÇÃO DA HIPOTECA

§ 2.516. Causas de extinção da hipoteca

1.ESPICIES. Quando se fala de extinção da hipoteca é da extinção do direito real de hipoteca, e não só da pretensão hipotecária, ou da ação hipotecária que se alude. De modo nenhum se está a cogitar da extinção do direito, ou da pretensão, ou da ação, que se garante com a hipoteca. Diz o Código Civil, ad. 849: "A hipoteca extingue-se: 1. Pelo desaparecimento da obrigação principal. II. Pela destruIção da coisa ou resolução do domínio. 1H. Pela Tenúncia do credor. *IV.* Pela remição. V. Pela sentença passada em julgado. VI. Pela prescrição. VII. Pela arrematação ou adjudicação". Deixou-se de falar da preclusão, que no entanto consta do Código Civil, art. 817. Bem assim do termo ou condição.

2.(1) DESAPARECIMENTO DA OBRIGação PRINCIPAL. A primeira espécie que a lei refere é a do desaparecimento (extinção) da dívida principal, ou só da obrigação (Código Civil, art. 849, 1). Portanto, qualquer que seja a causa da extinção, pagamento, ainda no caso do ad. 985 do Código Civil, se há a "averbação" do ad.

850, dação em soluto, compensação, transação, confusão, remissão da divida, renúncia ao crédito. A confusão somente opera a extinção da hipoteca se o titular do direito hipotecário, que adquiriu o prédio hipotecado, faz registar a extinção, em que tanto importa dizer-se que se extingue se averbado (ad. 850), de acordo com a lei (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, ad. 296, Código Civil, ad. 826, a que o ad. 296 do Decreto n. 4.857

se refere). Enquanto não ocorre a averbação, a hipoteca continua gravando o imóvel, ainda que transcrito em nome do adquirente (Decreto n. 4.857, art. 296, *in une),* porque a sub-rogação se deu

(Código Civil, art. 985, II).

O art. 296 do Decreto n. 4.857 explicitou o direito, integrando o sistema do Código Civil, que os comentadores não haviam entendido com exatidão; aliás, repetindo, *ipsis verbis,* o art. 279 do Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928. Diz o art. 296 do Decreto: "O cancelamento da hipoteca só poderá ser feito em virtude de execução promovida pelo credor hipotecário, ou em processo administrativo, ou contencioso, em que tiver sido notificado, nos termos do art. 826 do Código Civil; em caso contrário, a hipoteca continuará gravando o imóvel, mesmo transcrito em nome do adquirente". Se foi transcrita a aquisição do prédio hipotecado pelo credor hipotecário, não há a confusão, há a sub-rogação segundo o Código Civil. art. 985 ("A sub-rogação opera-se de pleno direito, em favor do adquirente do crédito hipotecado, que paga ao credor hipotecário"). Pré-exclui-se, portanto, a confusão. Já o Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 13, dava a sub-rogação em favor do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário; de modo que a confusão não se operava. Assim se sentiu no sistema jurídico brasileiro o influxo do direito prussiano, antes mesmo de ter a Alemanha introduzido no seu Código CMI tal particularidade. Antes regia, no direito brasileiro, o principio da confusão extintiva *ipso jure,* que PAULO (L. 30, § 1, D., *de exceptione rei iudicatae,* 44, 2) invocou: ..... neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore"). O art. 985, III, do Código Civil incide, como incidia, antes da codificação, o art. 13 do Decreto n. 169-A, pré-excluindo a confusão, ainda que se transcrevesse o titulo de aquisição do imóvel pelo credor hipotecário (Decreto n. 18.542, art. 279; Decreto n. 4.857, art. 296).

Se quem pagou a divida hipotecária foi o devedor pessoal, a confusão ocorre e extingue-se a dívida hipotecária, portanto, a hipoteca <ad. 849, 1). Não há pensar-se em sub-rogação. Mas, ainda assim, o direito" real só se extingue depois de se proceder à averbação (Código Civil, arts. 850 e 851, Decreto n. 4.857, arts. 293 e 296). Por isso, se, antes da averbação, o adquirente devedor pessoal aliena o imóvel, continua gravado; bem assim, se assume outra divida, referindo a hipoteca como garantia.

Ainda há pensar-se em casos em que não se extingue a hipoteca, a despeito da *identidade* de proprietário e devedor se o devedor sucede, hereditariamente, ao credor, e se abre concurso de credores, civil ou comercial, ou se procede à partilha do monte, ou há fideicomissário. Se o crédito foi legado a terceiro, a identidade não ocorre.

O desaparecimento da divida somente importa extinção da hipoteca se

toda ela desapareceu: a hipoteca, pelo principio da indivisibilidade, persiste em sua integridade. Se a dívida vem a ter de ser considerada existente *(e. g.,*

-foi rescindida a sentença que decretou a nulidade, ou anulação, ou rescisão, ou resolução do negócio jurídico, de que se irradiou), a hipoteca volta a considerar-se existente. Se foi cancelada a inscrição, tem-se de fazer outra (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 104; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 295: "O

cancelamento da inscrição não importará a extinção do direito real, que não estiver extinto, sendo em tal caso lícito ao credor promover novo registro, o qual só valerá desde a nova data"; já assim, LAFATETE RODRIGIJES

PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 353). A falta de protesto necessário do título cambiário, ou cambiariforme, não importa em desaparecimento da divida, se há, conforme o negócio jurídico subjacente, e sim, apenas, da ação cambiária; de modo que, não tirado em tempo hábil o protesto, o outorgante da hipoteca, endossante do título, não se exime da dívida, se ela existe. A 2.~ Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de junho de 1933 *(R.*

dos T., 86, 492), decidiu que a dívida pessoal se extingue e, portanto, a hipoteca (art. 849, 1), mas julgou sem base nos princípios, por falta da distinção.

Desde a penhora do bem hipotecado, se a pediu o credor hipotecário, fica constrito o bem, em virtude de decisão mandamental liminar. À eficácia da hipoteca, toda de direito material, acrescenta-se essa, de direito processual, que é a constrição (z ineficácia de qualquer alienação, porque seria em fraude da execução). Dai em diante, toda alienação, no tocante ao credor hipotecário, é ineficaz. A ação termina pela satisfação do credor hipotecário, ou pela realização do valor e dedução do crédito, ou pela adjudicação ao credor hipotecário, ou aos credores hipotecários. Então se extingue o crédito e, com a averbação, a hipoteca, se devedor e proprietário são a mesma pessoa ; se o não são, o crédito subsiste e transmite-se ao proprietário do prédio, em virtude dos princípios da subrogação (pessoal), especial mente do Código Civil, art. 985, III (terceiro interessado, que paga a dívida, pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte). O proprietário não devedor não tem o dever de pagar, mas pode pagar: para solver e sub-rogar-se no crédito, basta que esteja vencido Esse, ou já seja facilitado ao devedor fazê-

lo; se o credor lhe recusa o pagamento, incorre em *mora aceipiendi,* ainda quando o devedor se haja oposto à realização da prestação.

Se o proprietário não devedor tem crédito compensável contra o credor hipotecário, pode pagar mediante compensação, total ou parcial; porém não pode o credor hipotecário compensar contra o proprietário não devedor, porque não é credor dele (MÂRTIN WOISF, *Lehrbueh,* III, 511, nota 14). O crédito do devedor não serve para o proprietário não devedor compensar; tão pouco, o crédito do proprietário contra antecessor jurídico do credor hipotecário, ainda que o credor hipotecário tenha adquirido o crédito em arrematação, ou adjudicação (J. Bom MANN, *Sachenrecht,* 532).

3.(II) DESTRUIÇIO DA COISA OU RESOLUÇIO DO DOMÍNIO. (a.) A destruição da coisa hipotecada (Código Civil, art. 849, II, 1.~ parte) acarreta a extinção da hipoteca, no todo *(e.* g., inundação total, definitiva), ou a diminui quanto ao objeto (incêndio do edifício não segurado, caso em que passa a só ser sobre o terreno). Se se constrói, de novo, no terreno, a a hipoteca apanha o edifício; idem, se se planta, ou se fazem instalações. Para que se façam apartamentos e se possam hipotecar em separado, é preciso que o credor hipotecário consinta em se dividir em tantas hipotecas quanto aos apartamentos a garantia; mas, ai, há novas hipotecas, com cancelamento da anterior, ou com extinções parciais à medida que se operem as novas inscrições.

(b) Se o que consentiu na hipoteca do prédio só tem domínio resolúvel (Código Civil, arts. 647 e 1.733), com a resolução cessa a hipoteca (art. 849, II, 2.~ parte). Se houve compra e--venda com a cláusula a retro (retrovenda, art. 1.140-1.143), ou se solve a divida hipotecária, ou não se solve e a hipoteca continua. A afirmação de LÂFAIETE Ronaíaurs PEREntA *(Direi-*.

1

L

to das Coisas, II, 355) de que se extingue a hipoteca, sempre, se houve venda a retro, é insustentável: o pacto *de retroverdendo* nasce, a favor do vendedor, é direito formativo gerador, que se dirige contra o comprador ou seus sucessores, mas é direito obrigacional, não real, razão para que não se pense em resolução da propriedade, *ipso iure.* Dai ser inconfundível com a figura do art. 647. No próprio direito anterior, a eficácia do pacto de retro venda era pessoal, e não real <MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Cornmentaria,* IV, 163, que se

apoiou em ANTÓNIO COMES e em NUNO DA COSTA; *Repertório,* 1, 373, com referência a decisão de 1678). Não se pode averbar o cancelamento da hipoteca sem se pagar o crédito hipotecário; o bem continua gravado, por ser direito real a hipoteca. Se a resolução é eficácia de sentença constitutiva negativa, que se fundou em causa super viniente, como se foi revogada, por ingratidão (arts. 1.181--1.187), a doação, a hipoteca subsiste (J. VOET, *Commentarius ad Pandeet as,* 1, 736 s.), ou se a resolução resultou de exercício de direito formativo extintivo pelo que fez a hipoteca (L. 3, D., *qujinis modi.s pignua veZ hypotkeea solvitur,* 20, 6: "Marcellus... ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sie res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus

<iniri non putet"). Em caso de pacto comissário, na compra-e

-venda, sobrevindo não cumprimento do que se estipulara, entendeu a Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 11 de fevereiro de 1983 *(R. 1'.,* 60, 243), que se resolve o domínio e, pois, se extingue a hipoteca.

Supõe-se que conste do registro de imóveis tal pacto.

4. (III) RENÚNCIA DO TITULAR DO DIREITO DE HIPOTECA. O Código Civil, ad. 849, III, refere-se à renúncia ao direito real de hipoteca, não à renúncia do crédito, que foi objeto do art. 849,1. A renúncia à hipoteca há de ser expressa, porque não se poderia averbar renúncia tácita. Para que se dê a extinção da hipoteca, é preciso que concorram os seguintes pressupostos: declaração unilateral do credor hipotecário, assentimento de terceiros que tenham direito sobre a hipoteca e a averbação no registro de imóveis. Pode dar-se, ainda durante a a@

executiva hipotecária. No direito brasileiro *(aliter,* no alemão, E. S"rÉOHÀL, Die Behandlung der nicht valutierten Grundschuld, *Jherings JakrbiLcher,* 59, 176 s.), é preciso averbar-se a própria. obrigação arrematação ou adjudicação (Código Civil, arts. 850 e 851; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, o), V:

"por cancelamento, da extinção dos direitos reais").

Se, ao ser transferida a propriedade, o credor hipotecário assina, com o proprietário do prédio hipotecado, a escritura de alienação, discute-se se: a) se há de entender que renunciou à hipoteca b) ou se há de considerar satisfeita a sua pretensão ao quanto do crédito hipotecário; e) ou se há de ter a sua presença como de simples assentimento à

transferência, aliás supérfluo; ou *d)* ou se há de se supor testemunha, ainda que a mais do mínimo exigido. Na L. 4, § 1, D., *quibtis modis pignus rei hypot hera solvitur,* 20, 6, ULFIANO disse: "Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum er it pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel ventitioni vel ceteris: nam selent multi salva causa pignoris sui consentire". Se o credor consentiu na venda do penhor, ou para que o credor permute a coisa, ou a doe, ou a dê em dote, há-se de dizer que se libera o penhor, exceto se consentiu na venda, ou no n~ais, salva a causa do seu penhor: porque soem consentir muitos, ressalvando a causa do seu penhor. Adiante, ULPIANO, alude a ratificação (si... ratam habuit venditionem, idem erit probandum). Do texto da L. 4, § 1, tirou-se que o consentimento na venda, ou outro ato de disposição, importava, por conter renúncia à hipoteca, e o que é mais seria de entender-se dar tal consentimento o simples fato de assinar, com os figurantes, a escritura pública de alienação, exceto se o fez explicitamente como testemunha (LAFAIBTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 354). Também se tinha como renúncia o consentir o credor hipotecário em que se hipotecasse a outrem o prédio (L. 12, D., *quibus modis pignus veZ lvypotheca solvitur,* 20, 6: "Paulo respondeu que, consentindo Sempre que não credor mais antigo, em obrigar o devedor a mesma coisa a terceiro credor, vê-se que remiu seu direito de penhor, salvo se o terceiro sucedeu em seu lugar e por isso se fez melhor a causa do credor". Tudo isso nenhuma incidência tem hoje. A renúncia é declaração unilateral de vontade, que exige, ademais, o assentimento dos que tenham direito sobre a hipoteca e a averbação da renúncia no registro de imóveis. Está, portanto, afastada, liminarmente, a solução a). A explicação da extinção da hipoteca pelo assentimento do credor hipotecário na venda ou outro ato de alienação como presunção de estar satisfeito o credor hipotecário chocar-se-ia com o art.

851 que exige a prova para. o cancelamento, ou o requerimento dos interessados (devedor e credor hipotecário) ao oficial do registro de imóveis, bem assim com o, art. 296 do Decreto n. 4.857. A solução e) atende a que a renúncia, manifestação unilateral de vontade, há de ser declarada, e a que a lei não cogitou de renúncia *Moita* a direitos reais (arts. 687 e 691, 802, 849, III, e 1.581) e só a admitiu onde explicitamente o disse (e. g., arts. 161 e 803), ou a natureza do direito o indica. Conforme as circunstâncias, cabe a solução *d).*

Invocando, acertadamente, o Código Civil, arta. 849, III, e 851, e lembrando o art. 11, §§ 3Y e 6.0, do Decreto n.

169-A, de 19 de janeiro de 1890, e 226, 227, 103 e 102, do Decreto n.

370, de 2 de maio de 1890, o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 20 de julho de 1938 *(R. dos T.,* 117, 662), firmou que a renúncia à hipoteca não pode ser tácita.

A assunção da divida por terceiro, com assentimento do credor, porém sem que assinta o proprietário do imó vel hipotecado, tem-se como renúncia do credor hipotecário à hipoteca. Enquanto não se averba a renúncia, em cancelamento, a ratificação importa no mesmo que o assentimento prévio ou simultâneo. Sem razão, LAFAIXTE

RODEIGUEs PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 352), que via a extinção em todos os casos, salvo estipulação em contrário. O assentimento do proprietário é de mister enquanto é proprietário; não é preciso que o assistente seja proprietário ao tempo em que o credor hipotecário assente (F.SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhiiltntsse,* 410; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 613). A issunção da divida por terceiro, ainda com o assentimento do credor, não extingue, por si só, a penhora (E. STROHAL, Schuldtibernahme. *Jherings Jahrbúcher,* 57, 364 s.), nem o direito de retenção (G. PLANa, *Komtnentar,* II, *1,* 614; sem razão, F.

SCHLEGELBERGEn, *Das Zwriiekbehaltungsrecht,* 110; KARL ADLER, Passivenllbergang, *Archir f'dr Rurgerliches Recht,* III, 6).

Em todas as espécies do art. 849, inclusive a do art. 851, 2.ª parte, a extinção da hipoteca só se dá com a averbação.

Há, pois, naquelas, em que é preciso declaração unilateral de vontade, negócio jurídico unilateral no qual a declaração unilateral de vontade se integra com o ato de direito público. Pode seguir-se ao cancelamento, enchendo-o, por virtude da ratificação. A declaração de vontade é recepticia, mas basta que se dirija ao oficial do registro, em se tratando de renúncia, e a lei brasileira permite que se peça ao próprio oficial do registro, na espécie do ad. 851, 2.~ parte, e, a *fortiori,* em caso de renúncia, a averbação cancelativa. Todavia, exige-se o assentimento dos terceiros que tenham direitos sobre o crédito hipotecário (Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, art. 1.0:

"Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para esse efeito, considerar-se-ão coisa móvel"; art. 2.0: "O credor pignoratício poderá levar à praça os créditos dados em garantia, ou executá-los diretamente, para seu pagamento") partiu imóvel que se especial.

(IV) REMIÇÃO DA HIPOTECA. Se o ato de remição do titular de hipoteca posterior, ou de adquirente do hipotecado (Código Civil, arte. 849, IV, 814816), extinta a hipoteca. Da remição cogitamos antes, em capitule 6. (V) SENTENÇA PASSADA EM JULGADO. A sentença, que transitou em julgado e tem eficácia para o cancelamento da hipoteca, é, em primeiro lugar, a sentença constitutiva negativa, que decreta a nulidade ou anulação da escritura de hipoteca, ou do negócio jurídico de que resultaria a divida garantida (Código Civil, ad.

849, V). Em segundo lugar, a sentença que decreta a nulidade, ou anulação da própria inscrição da hipoteca.

Cumpre, porém, advertir-se que, em todas essas espécies, a hipoteca extingue-se, *ex time.* Propõem as ações constitutivas negativas o devedor, os credores hipotecários, a que a inscrição prejudicaria, terceiros adquirentes do imóvel e os terceiros, credores, que invoquem os arte. 106-113 do Código Civil, ou o art. 105.

Em Câmaras Reunidas, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de agosto de 1948 (E. 1“., 125, 234), decidiu que não pode produzir coisa julgada a decisão proferida em feito de natureza administrativa, como o de cancelamento da inscrição hipotecária, sem citação de todos os interessados (quais?). Tratava-se de simples aplicação do ad. 295 do Decreto n. 4.857, correspondente ao art. 104 do Decreto n. 370 e ao ad. 278 do Decreto n.

18.542; porém as Câmaras Reunidas pretenderam invocar o art. 945, § 2.0, que ou está deslocado, ou apenas ressalva que a quitação por escritura pública não admite prova de não-pagamento, nos sessenta dias. Ter-se-ia de propor ação de nulidade da escritura pública, por ter sido falsa a afirmação do tabelião. Não temos, hoje, a presunção de que se pagou a divida he foi entregue ao devedor o primeiro traslado da escritura pública, velharia que foi cedo repelida na interpretação do Código Civil <Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10 de abril de 1939, *A. .1.,* 50, 323: “A restituição do primeiro traslado, feita pelo credor, não importaria na presunção alegada, uma vez que, em se tratando de escritura de mútuo, com garantia hipotecária, o instrumento da transação não é esse traslado da escritura, mas a escritura mesma, lavrada no livro próprio do tabelião, que se não pode restituir, O ad. 945 do Código Civil sé diz respeito aos títulos, que o são, ao mesmo tempo, da divida e a prova do ato jurídico, e, portanto, uma vez devolvidos ao devedor, não há como exigir o credor o seu pagamento, porque não mais são aptos para provar a obrigação”. O ad. 945, § 2.~, deve ser lido como se dissesse: “Não se permite esta prova a prova por presunção oriunda da entrega (ad. 945) quando se

der a quitação de divida assumida por escritura pública". „O cancelamento não poderá ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, mesmo o extraordinário, interposto para o Supremo Tribunal Federal" (Decreto n. 18.542, de 24

de dezembro de 1928, ad. 277; Decreto n. 4.857, ad. 294;

2 a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São

Paulo, 29 de agosto de 1944, E. *dos T.,* 132, 668), regra jurídica que apenas explicita o ad. 849, V, do Código Civil. No ad. 288, o Código de Processo Civil fala da falta de eficácia de coisa julgada *material* por parte de decisões de jurisdição voluntária, porém tal art. 288 não pré-exclui eficácia constitutiva negativa de decisões relativas a extinção de hipoteca, ainda apenas integrativas, como a que se profere para o cancelamento a requerimento dos interessados (ad. 851, 2.a parte). A respeito, cumpre afastar-se tUa a confusão que apareça no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de agosto de 1948 *(R. dos T.,* 125, 234). Cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* notas ao art. 288.

7.(VI) PRESCRIÇÃO DA ação HIPOTECÁRIA. O art. 849, VI, do Código Civil, refere-se à prescrição; não se trata de prescrição da pretensão que é garantida pela hipoteca, e sim da própria ação hipotecária. Espanta que alguns comentadores, a começar por CLOVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentador* III, 436), tenham levado a tal ponto de confusão o trato superficial do instituto que cometessem o erro de falar de extinção da hipoteca por prescrição da dívida. Nem no art. 849, 1, nem no art. 849, VI, se há de pensar em prescrição da divida que se garante com hipoteca. A hipoteca não se extingue com essa prescrição; extingue-se, *por expressa letra da lei,* pela prescrição da ação hipotecária, que é *real.* Com a prescrição da dívida, subsiste a hipoteca; e hipoteca pode ser feita para garantia de dívida prescrita. A confusão não vitimou apenas juristas brasileiros, desatentos a que prescrição é exceção, e somente quando se diz que a prescrição acarreta a extinção é que se pode pedir o cancelamento por averbação da inscrição da hipoteca (art. 849, VI), ou do usufruto (art. 739), do uso (art. 745) ou da habitação (art. 748). Então, a prescrição é um dos elementos fáticos da regra jurídica sabre extinção.

A ação hipotecária prescreve em dez anos, entre presentes, e em quinze, entre ausentes (art. 177). O art. 849, VI, tem a conseqüência de legitimar o dono da propriedade hipotecada a pedir o

cancelamento, por averbação, de acordo com os arts. 850, 826 e 851 do Código Civil e arts. 178, *e),* V, e 296 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. Sem a decisão do juiz, que declare a prescrição da ação real e, pois, a averbabilidade da extinção da hipoteca, não há proceder-se à averbação.

A jurisprudência é lamentável, por falta de atenção à diferença *(e. g.,* 4□8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 31 de janeiro de 1934 e 29 de abril de 1936, *R. dos T.,* 93, 322 e 104, 140; 6.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de maio de 1949, 181, 732). É o caso de se repetir a observação de MARTIN WOLV

(Lehrbueh, III, 27A.32Y ed., 506, nota 12): "Freqüentemente são confundidas a prescrição. do crédito hipotecário e a do direito que emana da hipoteca. O proprietário não pode jamais fazer valer tal prescrição". A prescrição não extingue os créditos (cp. art. 970); a hipoteca somente se extingue se o crédito se extingue, razão por que os próprios créditos que já sofreram prescrição podem ser garantidos por hipoteca. A prescrição, para que seja levada em conta pelo oficial do registro, precisa ter sido apreciada, *principalmente* em ação declaratória, ou em defesa, ou *incidente* pelo juiz; de modo que a averbação provém da força *mandamental* da sentença, ou da parte mandamental da sentença. Há de a sentença, ou a parte dela, ter transitado em julgado (Juízo de Direito de Pirai, Estado do Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 1929, *A. .1,* IX, 345).

A Câmara Cível da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 30 de novembro de 1934 *(R. F.,* 66, 75), distinguiu o bem que se acha em poder de terceiro do que se acha em poder do devedor, e admitiu que a prescrição fosse a da obrigação principal, isto é, a de vinte anos (hoje). A distinção é sem qualquer razão de ser. Se o credor hipotecário não exerce a sua ação no decênio, entre presentes, ou em vintênio, entre ausentes, prescreve a ação hipotecária (art. 177) e, por força do art. 849, VI, extingue-se a hipoteca. A Câmara Cível deixou-se levar por apressados comentadores.

No direito brasileiro, a hipoteca extingue-se pela usucapião do imóvel, alcançada por terceiro, se a ação hipotecária prescreveu e, transcrita a sentença de usucapião, está legitimado o adquirente a promover a averbação do cancelamento. A prescrição da ação hipotecária opera a favor do devedor e do terceiro, que esteja na posse do imóvel, ou o haja adquirido. A essa conclusão, verdadeira e clara, haveriam de chegar os juizes se tivessem raciocinado com os textos da lei, em vez de estarem a falar de "prescrição aquisitiva".

A inscrição da hipoteca não a faz inextinguível por prescrição, está escrito no art. 849, VI; nem está imune a prescrição a ação contra terceiro, a pretensão, aí, é *real.* O que escreveram DIDIMO DA VEIGA e AZEVEDO

MARQUES a respeito, contra LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, levou a alguns erros da jurisprudência, profligados por alguns tribunais *(e.* g., 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de novembro de 1929, *R. dos T.,* 73, 302, errados o voto vencido e a sentença do Juízo de Direito de São Paulo, a 9 de março de 1928, 67. 159; porém certa, a 2.8 Câmara Civil, a 13 de março de 1939, 120, 512). A aquisição da propriedade do prédio hipotecado pelo usucapiente é sem qualquer repercussão nessa; a aquisição da

-propriedade do prédio hipotecado por outrem que o usucapiente contém negação do direito do que hipotecou o prédio, mas o credor hipotecário somente pode ser atingido se foi *parte* na ação de usucapião e contra ele há, em conseqüência, a força declarativa (coisa julgada material) da sentença. Tal sentença contém usucapião do prédio livre, ou usucapião do prédio, ressalvado o direito real do credor hipotecário, conforme está, ou não, prescrita a ação hipotecária, ou foi, ou não, desconstituída a hipoteca, para que se teria de cumular a ação adequada *(e.* g., de simulação da divida, de má fé por parte do outorgado da hipoteca, de inexatidão da inscrição).

Não é verdade, portanto, que no sistema jurídico brasileiro o usucapiente do bem hipotecado adquira, *sempre,* livre de hipoteca o bem de que se trata na sentença declarativa da usucapião. LAFAIETE RODRIGUES

PEREIRA <*Direito das Coisas,* II, 359-362) pensou em *usucapio libertatia,* citando a L. 8, C., *de praescriptione XXX vol XL anrwrum,* 7, 39, e as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, § 1.0. A L. 8 da Constituição justinianéia dizia que, se o titulo de compra, ou de doação, ou de outro qualquer contrato, houvesse alguém possuído de boa fé dez anos, ou vinte anos, uma coisa, e adquirido a exceção *longi temporis* contra seus donos ou contra os credores que pretendessem a hipoteca, e depois houvesse- perdido, por acidente fortuito, a posse, tinha a ação para reivindicar a coisa. E entendia-se que assim estatuiam as velhas leis, se as examinassenãos com exatidão (hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant). Muito melhor dizemos hoje que a prescrição entra num dos suportes fáticos das regras jurídicas sobre extinção das hipotecas: prescrição da ação do credor hipotecário + declaração judicial + averbação = extinção da

hipoteca.

A averbação integra o suporte fático onde já há o fato da prescrição e a declaração judicial. Não se pode dizer que se haja tornado fato extintivo o que apenas era encobrimento

de eficácia *(exceptio)* : teve-se o fato da prescrição como determinante da extinção, sem se exigir o elemento integrativo da formalidade registraria, que o direito romano não tinha. Seria erro, porém, dizer-se, como se tem dito, que a usucapião *extin* gue as hipotecas: a) se o possuidor adquiriu o prédio, tendo sido aquele que lhe deu o titulo o outorgante da hipoteca, a usucapião não importa em extinção da hipoteca se não prescreveu a ação do credor hipotecário, isto é, se incidiu o art. 168, ou o art. 169, ou o art. 172; não há usucapião do direito real, há extinção da hipoteca, se concorrem os outros requisites (declaração judicial e averbação). A expressão *usucapio liber* tatis iria além do conceito. O bem está livre porque o direito real se extinguiu, sem ato do dono ou usucapiente para isso. Extinguir-se-ia *ainda* sem a usucapião do bem e a usucapião poder-se-ia dar sem ele se extinguir. Tais proposições, verdadeiras e simples, bastam para se não pensar na chamada *usucapio libertatis,* que K. SCHMITTHENNER, no célebre artigo de 1852, tanto defendeu, com lastimável influência na doutrina. Entre as três opiniões *a* > a que fala de *u4ueppio libertatia* <ainda L. ARz"un, *Lehrbtwh,* 8.8 ed., 659; B.

WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 9.~ ed., 1248 s., nota 17 >, lO a que só vê a *exceptio,* pela prescrição da ação hipotecária (ainda, A. SCHMID, *Die Grundlekren der Cession,* 1, 105 a.; H. DERNBURG, *Das PI andrecite,* II, 596 a.; C. G. v. WXcnTn, *Das Superficiar- und Platzrecht,* 112 s.) , - e o) a que considera a prescrição um dos elementos do suporte fático de regra jurídica de extinção do direito real a última é a que mais serviria à explicação do direito romano e a única admissível no sistema jurídico brasileiro. Para se afastar a solução *b),* basta lembrar-se o § 1 da L. 8, citada, que pré-exclui a ação hipotecária contra terceiro possuidor.

Quanto às Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 3, § 1.0, a despeito da referência à posse e à boa fé, lá se regula prescrição, e nA o usucapião. O influxo, que possa ter havido, de ordem doutrinária, não chegou a deturpar o principio, nem se transmitir ao Código Civil, que desconhece a chamada "usucapião de liberdade" *(usucapio libertatia),* como a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864 (certo, o voto vencido do Desembargador AQUILES

RIBEIRO, no acórdão da 2." Câmara do Tribunal de Justiça de São

Paulo, a 19 de novembro de 1929, *R. dos T.,* 78, 802).

8.(VII) ARREMATação OU ADJUDICação. A aquisição do prédio hipotecado por terceiro não extingue a hipoteca, nem, sequer, a extingue, *ipso iure,* a aquisição pelo credor hipotecário. Ou se solve a dívida; ou não se solve, e a hipoteca persiste. Quanto à arrematação e à adjudicação, ou se disse que ia à hasta pública, ou outra espécie de alienação judicial, o bem hipotecado, pelo preço *menos* o valor da hipoteca, ou se entende que o preço apara se pagar, antes, a divida hipotecária. Na dúvida, a segunda espécie é que se entende ter sido estabelecida.

Na doutrina, tem-se discutido a construção jurídica do direito do credor hipotecário *entre* a entrega do preço do imóvel ao juízo e a extinção da hipoteca pela averbação segundo os arts. 850, 826 e 851 do Código Civil e arts.

178, o), V, e 296 do Decreto n. 4.857. Algo se passou, que se há de levar em conta. Diz-se que não há mais imóvel gravado, e pois tratar-se-ia de penhor; mas, em verdade, o gravame continua, até que se cancele, por averbação, a hipoteca, e tal argumento só seria de examinar-se se a averbação já se deu e o dinheiro ainda não foi levantado. Pretenderam M. K. SAMTER *(Handbuch zum Verlahren dez Zwangsversteigerung, 58)* e H. C.

HIRSCH *(Die ttbertragung der Rechtsau&iibung,* 1, 878 a.) que a hipoteca se transformasse em penhor (sem posse) sobre o valor depositado. Combateu-o E. STBOHAL (Die Behandlung der nicht valutierten Grundschuld,

.*Therings Jahrbiicher,* 59, 157 s.). Para o intervalo entre a arrematação ou a adjudicação e a averbação, a melhor figura é a da pretensão ao pagamento do valor, contida no direito real de hipoteca, *que persiste* (MARTIN

WOLFF, *Lehrbuoh,* III, 27A-82. ed., 460, nota 9). Porém tal construção não serve para o tempo após a averbação, quando não mais há direito real de hipoteca. Aqui, a pretensão ao levantamento é a do dono do dinheiro depositado em juízo.

A adjudicação, como a arrematação, somente opera a extinção após a averbação, se o ônus foi imposto pelo executa.do; não, se foi imposto por outrem, ou por fato concernente a outrem <SILvESTRE GOMES DE

MORAIS, *Tractatus de Ezecutionibua,* VI, 221; MANUEL GONÇALVES DA SILvA, *Commentaria.* 1~II, 411

s.). Se foi arrematado o bem, ou adjudicado, sem se computar o valor do crédito hipotecário, a hipoteca persiste.

A respeito da arrematação, dizia LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA. <*Direito das Coisas,* II, 857) que, ato público e solene, a precedem editais e se consuma em audiência. Dai concluir que não precisavam ser intimados os credores hipotecários. Tirou-o de PEREIRA E SOUZA *(Primeiras Linhas,* II, 69, nota 860, *in fine),* mas esse aludiu à praxe, e foi a parte, em vez da interpretação a *contrario seneu* das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 6, § 2, que o Código Civil acolheu (art. 826) : "A execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva.

Não será válida a venda judicial de imóveis gravados por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução".

O credor hipotecário tem de ser notificado (art. 826). Ainda que não compareça, tem de ser depositado em juízo o valor da hipoteca, para que se dê adjudicação; se não no foi, o cancelamento é *ineficaz,* por força do art. 295 do Decreto n. 4.857 (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 104; Decreto n. 18.542, art. 278). A 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22 de outubro de 1942, em recurso extraordinário, decidiu no mesmo sentido *(R. de J. B.,* 60, 81), porém falou, aí, de *nulidade* de cancelamento. O cancelamento, em tal espécie, não é nulo, é *inexato.*

O Conselho de Justiça da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 13 de abril de 1981 *(Á. J.,* 19, 118), e a 1.~

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, repetindo-o, a 18 de novembro de 1940 *(R.* F., 85, 723), e as Câmaras Cíveis ReUnidas do mesmo tribunal, a 15 de julho de 1941 (JOSÉ G. R. ALCKMIN, *Repertório de Jurisprudência, Direito das Coisas,* II, 868-872), com citações, a mais, de livros de doutrina, erradamente afirmaram que a arrematação, que extingue a hipoteca, é, tão-só, a feita em execução da divida hipotecária. Tão errada interpretação, que se vinha alastrando, foi, já um pouco tarde, repelida pela Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de maio de 1928 *(R. dos 2'.,* 46, 259), e pela 2.~ Câmara Civil, a 18 de fevereiro de 1939 *(R.* IX, 81, 412; *R. dos T.,* 123, 189; *Á.* 3., 52, 856).

§ 2.517 EFICÁCIA EXTINTIVA A arrematação e a adjudicação que extinguem a hipoteca é *qualquer* arrematação, ou adjudicação, em que o credor hipotecário seja figurante ou notificado (art. 826), ainda que revel; e se tenha depositado o seu valor, ou o apurado, com efeito definitivo de transmissão da propriedade do dinheiro, ou em que seja adjudicante o credor hipotecário cuja hipoteca se tem por extinta, sendo a única, ou a que se havia de preferir.

Se o bem não basta para o pagamento da hipoteca, ou das hipotecas, a hipoteca não saldada, no todo ou em parte, ou ela e as outras, que não puderem ser pagas, extinguem-se, posto que o crédito do credor hipotecário persista, como quirografário (5.& Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 11 de agOsto de 1937, *R. dos T.,* 110, 190), para execução por outros bens, presentes ou futuros.

A arrematação em concurso civil de credores ou em falência <3.5 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18

de novembro de 1932, *R. dos 2'.,* 85, 343) rege-se pelos mesmos princípios.

§ 2.517. Eficácia das espécies

1. EFICÁCIA EXTINTIVA. A inscrição da hipoteca integra o negócio jurídico, de que proveio, ou completa o suporte fático da regra jurídica sobre hipoteca legal, ou a eficácia *anexa* da sentença de condenação <Código de Processo Civil, art. 284; nossos *Comentários,* II, 342 s.). A averbação cancelativa suprime-a. Em todas as espécies do art. 849, qualquer dos elementos, que se enumeram, sOmente entra na composição do suporte fático da extinção. Certo, vindo o credor hipotecário com a ação hipotecária, o devedor, que solveu a dívida, pode alegar, como objeção, que desapareceu a dívida e, pois, o credor pede sem causa; mas o direito real de hipoteca, que emana da inscrição, ainda não se extinguiu e só se vai extinguir com a sentença transita em julgado (art. 849, V), salvo se, pendente a lide, se procede à averbação com fundamento no art. 849, 1. Daí ter dito o art. 850: "A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiro depois de averbada no respectivo registro". A expressão "extinção da hipoteca" não foi feliz: o crédito, sim, se extingue antes da averbação; o direito real, não.

A inscrição tem de ser cancelada, para que se extinga o direito real de hipoteca. "A inscrição cancelar-se-á", diz o art. 851, "em cada um dos

casos de extinção de hipoteca, à vista da respectiva prova, ou, independente desta, a requerimento de ambas as partes, se forem capazes, e conhecidas do oficial do registro". O art. 279 do Decreto n.

18.542, de 24 de dezembro de 1928, introduziu exigências, interpretando os arts. 850, 851 e 826 do Código Civil:

"O cancelamento da hipoteca só poderá ser feito em virtude de execução promovida pelo credor hipotecário ou em processo administrativo ou contencioso, em que este tiver sido notificado, nos termos do art. 826 do Código Civil; em caso contrário, a hipoteca continuará a gravar o imóvel, mesmo transcrito em nome do adquirente". A regra jurídica, regulamentar, passou ao Decreto n. 4.857, art. 296. O Código Civil, art. 851, satisfazia-se com a exibição da prova da espécie extintiva, inclusive da escritura pública de extinção (por solução, renúncia, ou remissão). Os decretos ulteriores vão além: exigem o processo administrativo ou contencioso e a notificação do credor hipotecário, ainda fora da espécie do art. 826 do Código Civil. Donde três questões: a) ~ A escritura pública supõe o processo e a notificação, pois que há a fé pública do tabelião e o signatário é que teria de ser notificado? *b)* Se houve execução forçada, arrematação ou adjudicação, a é preciso instaurar-se o processo? o) ~

Pode o oficial do registro, sem escritura pública de extinção <abstrata) da hipoteca, cancelar, por averbação, a hipoteca, *requerendo-o* os figurantes? À primeira havemos de responder que a notificação seria *bis in idem,* mas o oficial há de exigi-la. Quanto à segunda, se houve execução forçada (art. 826), não é preciso instaurar-se processo, nem notificar-se o credor exeqüente; *aliter,* se houve arrematação ou adjudicação sem ter sido notificado o credor hipotecário, tem-se de fazer processo e intimar o credor hipotecário. Quanto à terceira, o Código Civil, art. 851, 2.~ parte, não foi revogado *(verbis* "a requerimento de ambas as partes, se forem capazes, e conhecidas do oficial do registro") : faz-se o processo administrativo, no ofício, e tomam-se as declarações de vontade dos figurantes, ou as declarações de conhecimento (fato passado extintivo), satisfazendo-se, assim, o art.

296 do Decreto n. 4.857.

2.INEXATIDÃO DO CANCELAMENTO. Feito o cancelamento, pode ele ser *inexato,* por não ter havido algum elemento do suporte fático da regra jurídica sobre extinção do direito real (art. 849, 1-Vil); isto é, não ter ocorrido desaparecimento da dívida pessoal, ou destruição da

coisa, ou resolução do domínio, ou renúncia pelo credor hipotecário, ou remição, ou sentença trAnsita em julgado, ou prescrição da ação hipotecária, ou arrematação, ou adjudicação, ou uma dessas ter sido sem observância do art. 826. Contra o cancelamento inexato, há os meios de direito, que são a ação de retificação, que deriva da pretenção à retificação. Tal ação exerce-se conforme o Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 272, 2.~ parte, e Decreto n. 4.857, art. 289, 2.8 parte: em ação proposta *principaliter* ou *incidenter,* em que se prof ira decisão sobre a inexatidão e passe em julgado; documento hábil que prove a inexatidão do cancelamento; ou requerimento ao próprio oficial do registro, se capazes e conhecidos do oficial os interessados.

Se o cancelamento foi por desaparecimento do crédito garantido com a hipoteca, ou os interessados acordam em que é inexato *(e.* g., o procurador do credor erradamente o obteve, ou de má fé) e requerem o nOvo registro, ou não se acordam, e o meio que tem o interessado na ratificação é o da propositura de ação em que se declare a *inestinçâo* da divida e cuja sentença sina ao novo registro, com eficácia *ex n'une* (Decrete n. 4.857, art. 295, *in fine).* Se o cancelamento foi por destruição da coisa e essa não foi destruída, como se afirmou, ou há o acordo e o requerimento, a que acima nos referimos, ou o interessado propõe ação de retificação mediante nOvo registro, pedindo a vistoria e a declaração da falsidade da alegação anterior (Código de Processo Civil, art. 2.0, parágrafo único, *in une).*

Se o fundamento foi a resolução do direito de propriedade, ou sobrevém sentença de rescisão da que a decretou, ou declarou, ou declaratória negativa sobre a afirmação feita perante o oficial. Se houve cancelamento em virtude de renúncia, há o credor hipotecário de propor ação declaratória da existência da relação jurídica, por não ter existido a renúncia, ou a ação constitutiva negativa do negócio jurídico unilateral de renúncia. Não é de afastar-se a espécie em que credor e devedor acordem em que se proceda ao nOvo registro, por ser inexato o cancelamento.

Se o cancelamento se deu por ter havido remição, tudo se passa como a respeito do cancelamento por desaparição da divida garantida. Se foi em virtude de sentença transita em julgado que se deu o cancelamento, só a sentença que a rescrição ou que lhe decrete a nulidade, ou lhe declare a inexistência, pode dar ensejo a novo registro. Se foi a prescrição que motivou o cancelamento, só a sentença que rescinda a sentença ou parte de sentença que a declarou, ou que decrete a nulidade, ou declare a inexistência de tal sentença

pode ser atendida para o nOvo registro.

Se o cancelamento foi em virtude de arrematação, ou adjudicação, tem-se de distinguir: ou houve o recebimento do valor, ou do apurado, pelo credor hipotecário, ou não no houve. Se houve, somente a sentença que desconstituiu a decisão de arrematação, ou de adjudicação, pode servir de base para o nOvo registro. Se não houve, ou basta a sentença nos embargos de declaração, ou a reclamação, por se ter atribuido ao julgado eficácia que não tinha.

§ 2 518. Reinscrição

1.CONCEITO. Chama-se reinscrição a inscrição que se faz após o cancelamento da que existia. Assim, se a declaração de inexistência ou de ineficácia, ou a decretação de invalidade não atinge o acordo de constituição, ou o negócio jurídico unilateral de constituição, ou se a inscrição se referia a hipoteca legal, judicial ou judiciária, a nova inscrição pode dar-se, enquanto existam os pressupostos necessários a ela. Tal reinscrição não pode prejudicar terceiros adquirentes do domínio, ou de direitos reais limitados, anteriores ou posteriores ao cancelamento. Nem, sequer, os credores quirografários, que intervenham na execução da hipoteca, antes ou depois da cancelação.

Se o cancelamento foi por motivo de renúncia, ou outra causa de eficácia só *ex nunc,* a reinscrição também não pode alcançar os que têm direitos anteriores ou posteriores à cancelação porque o que deixou de ser, no plano da publicidade, deixou, naquele momento, de ser, *para todos.*

2.DISTINÇÃO RELEVANTE (REISCRIÇÃO E RETIFICação).

Cumpre não se confunda a reinscrição com a retificação do registro, que cancela o cancelamento, porque essa somente não prejudica *posteriores* adquirentes do domínio, ou de direitos reais limitados, ou credores quirografários que obtiverem penhora *depois* do cancelamento e antes da retificação do registro.

3.CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO COM FINALIDADE DE REINSCRIÇÃO. A renúncia à inscrição (não à hipoteca) pode operar-se com o fito, por exemplo, de se perder o grau da hipoteca, adquirindo-se outro, posterior, mediante nova inscrição (reinscrição). O titulo (negócio jurídico unilateral ou acordo de constituição) continua o

mesmo. Também pode ocorrer com o propósito de se obter hipoteca judiciária em bens do devedor, e não mais no bem do terceiro dador da hipoteca, ou do terceiro adquirente do bem gravado, ou no bem do devedor que estava gravado. (A renúncia ao grau pode ser alcançada sem isso, isto é, sem cancelamento e reinscrição: pela averbação da renúncia ao grau, segundo os princípios já expostos.)

4.PRECLUSÃO E REINSCRIÇÃO. A prorrogação da hipoteca (Código Civil, art. 817) exige a *averba* çâo. Se não se procedeu a ela, a hipoteca extingue-se. Extinta a hipoteca, o que pode ocorrer é a *renovação,* mediante reinscrição. Essa reinscrição não escapa à regra jurídica sobre ineficácia contra os que já eram titulares de direito de preferência sobre o bem gravado (art. 817, *verbis* "precedência que então lhe competir"). O exemplo mais claramente o mostra: havia três hipotecas, *h', h2* e 1i; a hipoteca h4 extinguiu-se, e só se renovou depois de inscritas as hipotecas /iA e h5, o seu lugar é o de hipoteca h~, salvo protocolização de outra, ou inscrição provisória de outra. Em verdade, nada se "mantém".

§ 2.519. Desaparecimento do crédito garantido

1. EXTINÇÃO. Extinguindo-se o crédito garantido ("obrigação", no art. 849, 1, do Código Civil, está em lugar de "crédito", pois os créditos mutilados e de eficácia encoberta são garantiveis com garantia real), extingue-se a hipoteca. Em principio, não se admite hipoteca sem existir o crédito que com ela se garanta: nada se estaria garantindo. Todavia, casos há. em que se abre exceção a esse principio, devido às exigências mesmas do princípio de publicidade. A hipoteca pode ser em garantia de crédito ainda a nascer, ou pode acontecer que o dono do bem gravado não providencie para o cancelamento da hipoteca porque lhe convenha, ou porque se sub-rogue ao titular do direito de hipoteca e de outros direitos, ou por outra razão.

2. ESPÉCIES. A extinção do crédito não determina, automaticamente, a extinção da hipoteca. Se o pagamento foi com sub-rogação pessoal, a hipoteca não se extingue. Então, em vez de se extinguir, averba-se a sub-rogação pessoal (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arte. 285 e 286). Enquanto o devedor, que pagou, não requerer o cancelamento, há hipoteca. Se há depósito em consignação e o credor levanta o depósito, pode ser pedido o cancelamento. Se o credor anuir em que o devedor retire o depósito (Código de Processo Civil, arts.

e 181, 2.~ parte), o crédito não se extingue. Idem, se o devedor retira o depósito antes de o credor declarar que aceita o depósito, ou de impugná-lo (Código Civil, art. 977). Lê-se no Código Civil, art. 979: "O credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os co-herdeiros e fiadores, que não anuiram". A hipoteca, em tal caso, pode extinguir-se se o condômino devedor ou o co-enfiteuta ou qualquer dos outros condôminos ou co-enfiteutas requereu o cancelamento, o que o juiz pode deferir nos próprios autos da ação de depósito em consignação. Enquanto não se registra o fato, por mandado do juiz, não se extingue a hipoteca. A compensação só extingue a hipoteca se a exceção foi oposta. Também aqui o terceiro adquirente não-pode ser prejudicado. A novação só permite que a hipoteca persista se acordaram nisso o devedor ou o terceiro dador da hipoteca (Código Civil, art. 1.003: "A novação extingue os acessórios e garantias da divida, sempre não houver estipulação em contrário"). A regra é a extinção; mas, no tocante à eficácia real, tudo se passa como a propósito do pagamento.

§ 2.521. RENUNCIA AO DIREITO REAL DE HIPOTECA A confusão quanto aos créditos do titular do direito de hipoteca e do devedor é causa de extinção, mas é de mister, por igual, o cancelamento. A *CeS8do da herança* não desfaz a confusão, que se operou com a sucessão hereditária.

Com a *datio in solutum* o débito extingue-se desde o momento em que passou o credor a ser titular do direito transferido; mas a extinção da hipoteca depende do cancelamento. Se ocorre evicção antes desse, a hipoteca não mais pode ser cancelada; se foi cancelada a hipoteca, o terceiro não pode ser prejudicado. Se em dação em soluto foi prestado o próprio bem gravado, ou parte dele, ou enfiteuse, usufruto, uso, habitação, ou renda sobre imóvel, sobre ele, o credor é terceiro adquirente e a evicção, ainda após o cancelamento, faz reinscritível a hipoteca. Se a hipoteca foi dada por terceiro, a *datio in solutum* só produz extinção se foi cancelada a hipoteca. Até lá, a evicção é plenamente eficaz para se não considerar extinto o crédito. Não assim, se sobreveio à cancelação, ou se a ação foi inscrita ante3, cautelarmente (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 193% art. 178, a), VII, e 281).

Se algo se solve da dívida garantida, não deixa de ser integra a hipoteca: a exoneração parcial, ainda que ocorra, segundo as regras jurídicas concernentes ao crédito garantido, quanto a esse, não se dá

no tocante à hipoteca. O

art. 758, embora *jus dispositivum,* di-lo explicitamente. Ainda que o pagamento seja feito na falência do devedor.

divisão do bem que foi gravado pelos A comunhão *pro diviso,* como a divisão do nenhum divide a hipoteca; e andou bem Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a *(R. dos T.,* 151, 729), quando disse. são, continua (a hipoteca) uma, *totum pafle,* sem que assista aos condôminos o Ainda que sobrevenha condôminos, no todo. bem gravado, de modo a 1.8 Câmara Cível do 9 de setembro de 1943 não obstante a divi *in toto et in qwilibet* direito de opor a sentença proferida em divisão ao credor, para o fim de responderem pela garantia segundo a força de seus quinhões". Se sobre-vêm partilha hereditária do bem gravado, o bem permanece sujeito, no seu todo, à hipoteca, e qualquer dos herdeiros pode penhorá-lo pelo todo (5.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.0 de março de 1933, 1?. *dos T.,* 86, 40, 5□8 Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 95, 137, 19 de setembro de 1934, e 16 de junho de 1938, 116, 541).

Se a hipoteca foi de partes ideais, cada titular pode executar a hipoteca, somente recaindo na parte ideal a penhora. Se a partilha hereditária estabelece comunhão na parte ideal, continua indivisa e impartilhada a hipoteca da parte ideal (cf. Código Civil, art. 757, 3.a parte).

§ 2.520. Perecimento do bem hipotecado ("destruição da coisa")

1.EXTINÇÃO »o DIREITO mi. O perecimento do bem hipotecado é causa de extinção do próprio direito real.

Se a hipoteca grava o domínio, ou se grava a enfiteuse, extinguem-se, com a destruição da coisa, o domínio ou a enfiteuse e a hipoteca. O bem gravado perece se a concepção do direito assenta que se trata de perecimento. Basta que se transforme em bem que não seja suscetível de gravação hipotecária. Basta que saia do mundo jurídico como bem que possa ser objeto de direito real. Mas, se, com o perecimento, resta pretensão à indenização, essa, ou a indenização que em virtude dessa se pague e deposite, ou o bem que em lugar do bem perecido se ponha (sub-rogação real), continua gravado. Enquanto não há a solução da dívida, não há, ai, causa de extinção da hipoteca; se ocorreu, a causa de extinção da hipoteca foi a extinção da divida, e não o perecimento.

2. SUBROGação. Se o edifício se desmoronou, ou se a aeronave se espatifou, ou se o navio naufragou, havendo apenas ruínas, destroços ou salvados, a hipoteca persiste enquanto do resíduo é possível extrair-se valor, ou sobre a pretensão ou a indenização do seguro, ou a pretensão contra o responsável pelo fato ilícito ou a indenização paga por ele. No que toca ao edifício, não há perecimento se o terreno mesmo não desapareceu: a hipoteca continua sobre o terreno, parte integrante do bem hipotecado. Se o promontório desaba e cai no mar ou noutro terreno, pode haver causa de perecimento do bem hipotecado. Tratando-se de bem que haja de ser sub-rogado, a hipoteca como que se desloca do bem hipotecado à pretensão à indenização depois à indenização e, finalmente, ao bem que se adquira para ser gravado, ou que, sendo do mesmo dono ou enfiteuta, se grave.

No direito brasileiro, a afirmação, encontradiça na doutrina italiana, de ser *nova res* o edifício reconstruído, seria absurda: o cerne da propriedade imobiliária é o terreno.

§ 2.521. Renúncia ao direito real de hipoteca

1. FORMA. A renúncia à hipoteca só se pode fazer por escritura pública. Nenhum efeito produz a renúncia por escrito particular. A promessa de renunciar pode ser conteúdo de negócio jurídico bilateral ou semilateral, de efeitos só pessoais. A extinção da hipoteca só se opera com o registro, que cancela a inscrição. O principio da publicidade exige-o.

2.RENÚNCIA Á HIPOTECA E RENÚNCIA OU REMISSÃO AO DIREITO DE CRÉDITO. É inconfundível com a renúncia à hipoteca renúncia ao direito real de hipoteca a retirada tempestiva do requerimento (pedido-exigência) de inscrição, feito pelo outorgado, ou a renúncia à inscrição, podendo-se reinscidir dever a hipoteca.

A extinção pela renúncia, uma vez registrada, aproveita a todos. porque o direito real de hipoteca, cujo sujeito passivo é total deixa de existir, concluído o ato de cancelamento. Não importa se o interessado o conhecia, nem, a *tortiori,* se lhe foi comunicado.

A renúncia à hipoteca não é o mesmo que a renúncia ou remissão do crédito garantido. Pode-se renunciar à hipoteca, sem se renunciar ou remitir ao crédito (conforme o caso, segundo os princípios, é de renúncia ou de remissão). O crédito permanece, a hipoteca extingue-

se, Se a renúncia ou a remissão do crédito ocorreu, a hipoteca, que é garantia, passa a garantir o que já não existe, porém não se poderia dizer que sem o cancelamento se extinguiria a hipoteca, porque seria conferir à renúncia ou remissão, no que toca ao flegócio jurídico ou outra fonte do direito, a que se alude, mais eficácia do que a renúncia à própria hipoteca. A inscrição é constitutiva de eficácia real; e o cancelamento também o é: desconstitui, no plano da eficácia real. Os juristas que não vêem isso deixaram-se impressionar com o fato de ser alegável, na execução forçada, ou em ação, que falta o crédito garantido. Mas, ai, há oposição de exceção, que leva ao julgamento declaratório da extinção *do crédito, c* om eficácia sentencial, mandamental, para se proceder ao cancelamento, ou ao pedido exigência de cancelamento, com o acordo de desconstituição, firmado na renúncia ou remissão do crédito. É

preciso que o raciocínio não desgarre dos princípios. Os terceiros adquirentes da hipoteca podem ignorar a extinção do crédito, que se lhe *transferiu* após renúncia ou remissão, que não foi levada à publicidade registrária, e incide o art. 1.073 do Código Civil.

Se a hipoteca recai em dois ou mais bens para um só crédito, ~ pode-se renunciar, parcialmente, ao direito de hipoteca? A renúncia a parte da garantia supõe que seja renunciável parte do crédito. Ao titular do direito de hipoteca é que toca escolher entre executar o bem a, ou o bem *b,* ou os bens a e b; de modo que nada obsta a que renuncie à inscrição do bem *b,* ou à hipoteca que o grava. AI, não se renuncia a parte da hipoteca; em verdade se escolhe, antecipadamente, quanto à execução.

3.CANCELAMENTO E EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA. Cancelada, em virtude de renúncia, a hipoteca, por extinta há de ser tida, perante todos. Os outros credores e os adquirentes do bem hipotecado ou de direitos reais limitados recebem a garantia geral, ou especial, ou a propriedade ou o direito real sobre bem livre da hipoteca, *ainda* que não tenha existido, não tenha sido válida, nem convalidada, nem tenha sido eficaz nem no seja a renúncia. Nos casos em que a renúncia é conseqüente à renúncia ou remissão do crédito garantido, não importa se essa existiu, teve validade, ou teve eficácia.

Diz-se que a renúncia produz os seus efeitos a favor dos interessados na extinção (devedor, dador, terceiro adquirente, outros credores) independentemente da cancelação. Deve-se tal asserção ao art. 850 do Código Civil, onde se enuncia: “A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo registro”.

A renúncia é negócio jurídico unilateral. Não se trata de renúncia ao crédito; mas à hipoteca. Entregue ao devedor, ou ao dador da hipoteca, ou ao terceiro adquirente do bem gravado, está esse munido do título para requerer que se inscreva. É de entender-se que lhe foi outorgado o poder de pedido exigência do registro (= de requerer o registro).

A cancelação publica a renúncia. Os terceiros adquirentes da hipoteca só se têm de preocupar com o registro.

Quem renuncia à hipoteca declara-o em escritura pública e havemos de entender que consentiu em que qualquer interessado, tirando certidão, requeira o cancelamento.

4.TERCEIROS ADQUIRENTES DO DOMÍNIO OU DE DIREITOS REAIS SOBRE O BEM CUJA HIPOTECA FOI CANCELADA. Se a aquisição do domínio, ou do direito real limitado, foi posterior ao cancelamento da hipoteca, a sentença que declara a inexistência ou a ineficácia, ou que decreta a invalidade da renúncia à hipoteca, é sem repercussão contra os terceiros adquirentes, posteriores à cancelação da hipoteca. esses terceiros só se tinham de guiar pelo registro: contra eles, não pode ser oposta a retificação, ou a desconstituição do cancelamento (= não cabe o "menos por menos dá mais"). Entre o devedor dador da hipoteca ou o terceiro dador e o credor, que inexistentemente, nulamente ou ineficazmente renunciara à ação para a declaração negativa da renúncia, ou da eficácia da renúncia, ou para a desconstituição da renúncia, há de ser cumulada a ação para retificação do registro, pelo cancelamento do cancelamento. Então, a sentença declara ou desconstitui e manda que se cancele o cancelamento (= se retifique o registro). Não há essa ação contra os adquirentes do domínio ou de direitos reais sobre o bem cujo gravame se cancelara.

Se, renunciando à hipoteca o titular do direito, foi feito o cancelamento, e sobreveio direito de terceiro adquirente, à desconstituição do cancelamento pode suceder nova inscrição da hipoteca em garantia do mesmo crédito, e o grau é novo.

§ 2.522. Prescrição como suporte fático de preclusão

1. EFICÁCIA E EXISTÉNCI.A. O expediente técnico de que lançou mão, no art. 859, V, do Código Civil o legislador, é o mesmo que lhe fez feição nos arts. 789, VI, 745 e 749: o de tornar extintivo de existência

o que apenas seria *encobrimento* de eficácia. Não se trata, portanto, de prescrição que extinga e sim de prescrição a que se confere, a mais, o efeito de preclusividade.

Ao completar-se o tempo da prescrição em vez de só se *encobrir* a eficácia da pretensão, o direito de hipoteca preclui. Portanto, a ação executiva hipotecária extingue-se, em vez de apenas prescrever. Isso tem conseqüências que se precisam sublinhar, em teoria e na prática. Enquanto só se trata de exceção, é de mister, para que se possa afastar a executividade, que se oponha a exceção: se não se opõe, a ação legitimamente prossegue, indo-se até à extração do valor do bem gravado. Uma vez que se considerou a prescrição da pretensão causa da extinção do direito (Código Civil, art. 859, VI), a alegação de prescrição da ação com efeito de preclusão do direito é alegação de preclusão, por conseguinte *objeção,* e não *exceção.* Não há momento em que não mais se possa opor a prescrição, porque, ai, a prescrição foi elevada à categoria de suporte fático da preclusão.

Têm-se, assim, duas preclusões do direito de hipoteca; a preclusão pela prescrição da ação real (art. 859, V) e a preclusão por se ter atingido o prazo de vinte anos sem prorrogação (ad. 817).

2.PRETENSÃO REAL E PRETENSÃO PESSOAL. A prescrição da pretensão pessoal do credor não extingue a hipoteca: trata-se de exceção que pode ser oposta ao credor pelo devedor e, em conseqüência, pelo terceiro dador da hipoteca, ou pelo adquirente do bem gravado; de jeito que não tendo sido oposta a ação pode prosseguir. Se a hipoteca foi em garantia de dívida prescrita, ou se foi concebida independentemente da prescrição que ocorresse, não há pensar-se em se opor a prescrição. Outra coisa é a prescrição da ação real do titular do direito de hipoteca: se tal prescrição ocorre, a lei, em benefício da

propriedade hipotecável, torna preclusão o que só seria prescrição. A regra jurídica do art. 855, V, pode ser enunciada como se lá estivesse escrito: a prescrição da ação real do titular do direito de hipoteca acarreta preclusão do direito. A propósito do usufruto, do uso e da habitação, o assunto foi exposto, largamente (Tomo XIX, §§ 2.334, 2.384, 8, e 2.393).

No sistema jurídico brasileiro, nenhuma distinção se fez quanto ao dona ou enfiteuta que constitui a hipoteca, credor ou dador, e ao adquirente do domínio ou da enfiteuse.

Por outro lado, qualquer titular de direito real <enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, titular de direito de renda sobre imóvel) pode alegar a extinção. O enfiteuta que não foi o hipotecante (a hipoteca fora feita pelo senhoria) e o senhorio que não o foi (a hipoteca fora feita pelo enfiteuta) podem objetar que a hipoteca se extinguiu. Bem assim, os titulares de direitos de hipotecas posteriormente inscritas. A ação é ação declaratória, porque o art. 859, V, se refere a fato ocorrido, embora possa ser de utilidade o cancelamento, efeito manda mental da sentença.

A prescrição da ação real supõe a exigibilidade da extração do valor, no que o art. 859, V, do Código Civil se diferença, basilarmente, do art. 817, no qual o inicio da contagem é da data do acordo de constituição ou do negócio unilateral de constituição (Admita-se que nesses pontos a doutrina e a jurisprudência estrangeiras sio imprestáveis para o sistema jurídico brasileiro.)

As causas de suspensão e de interrupção são as comuns.

§ 2.523. Desapropriação e sinistro do imóvel hipotecado

1.DESAPROPRIAÇÃIO E EXTRação DO VALOR. Invocando-se a art. 2.0, § □3□O, □

2 a alínea, da Lei ix. 1.237,

de 24 de setembro de 1864, que falava da sub-rogação do preço ao imóvel hipotecado, no caso de indenização, à semelhança do que se passa com a importância do seguro do imóvel sinistrado (Lei nº. 1.287, art. 2.0, § 3□O, 18

alínea), incluía-se a desapropriação entre as espécies de extinção da hipoteca (cf. LÂFÂIETE RODEIauus PifiA, *Direito das Coisas,* II, 351). Ã hipoteca somente se extingue, por ter havida desapropriação, se foi solvida a dívida, ou se ocorreu alguma outra causa de extinção (art. 849, 1-Vil>, seguida de averbação. Enquanto nEo se deposita o preço, e não se levanta, ou não mais pode o credor hipotecável discutir o depositado, a hipoteca persiste, precisando, quando se possa averbar o cancelamento, que o juiz o determine (art. 849, V), ou que credor hipotecário e desapropriante compareçam ao oficial de registro de imóveis, para a averbação requerida segundo o art. 851, 2. parte, do Código Civil. Às vezes, a respeito de desapropriação, a jurisprudência peca par falta de terminologia escorreita, dê que dá exemplo o acordo do Supremo Tribunal Federal, a 30 de agasto de 1924 *(1?. de D.,* 83,

381), que fala de resolução (7) do domínio pela desapropriação e de extinção da hipoteca por ter sido arbitrada e paga a indenização. A hipoteca extingue-se porque há a prestação da quantia devida e garantida com a hipoteca.

2. SEGURO E EXTEAÇIO DO VALOR. À situação é semeibante, porém não idêntica, à da quantia paga pelo segurador. Dá-se, numa e noutra espécie, sub-rogação real, mas discute-se a natureza do direito do credor hipotecário *antes* de se averbar e *depois* da averbação. Antes de se averbar, a pretensão à quantia está contida no direito real de hipoteca. Depois, não há mais direito real de hipoteca, o credor é dono da quantia depositada. Não cabe recorrer-se à doutrina estrangeira, porque, no sistema jurídico brasileiro, a indenização por desapropriação, é prévia e a hipoteca, em caso de seguro a0 imóvel sinistrada, somente se extingue com a averbação. Ocorrido o sinistro e nascida a pretensão ao seguro, o direito real de hipoteca atinge aquela pretensão, até que se reconstitua ou substitua o objeto segurado. A pretensão contém-se no direito real de hipoteca. Seria artifício pensar-se em penhor do crédito (sem razia, MÂRnN WOLFF, *Lehrbuck,* III, 489; O. PLANCK, *Kommentar,* III, 887; *J.*

BIERMÂNN, *Sachenreckt,* 473; O. HÂGEN, Die Haftung der Versicherungaforderung, *Jherings Jahrbiicher,* 51, 105), e insuficiente só se ver na posição do credor hipotecário reflexo da interdição de pagar o segurador ao segurado, como sustentou K. SCHNEWER (Zur Auslegung des § 1.128 im BGB., *Archir flir die civilistiache Frazis,* 90, 451 s.>. O segurador, antes do vencimento do crédito hipotecário, não pode pagar ao segurado, salvo se se previu que a quantia seria para reconstrução ou substituição, ou reparação, a cargo do segurado (o que se entende, na dúvida), ou se paga ao segurado e ao credor hipotecário. depois do vencimento, o pagamento tem de ser primeiro do credor hipotecário. O segurador n5o pode alegar desconhecimento da hipoteca; consta do registro de imóveis, e basta. O segurador pode fazer notificar do sinistro o credor hipotecário, dando-lhe prazo para receber, findo o qual possa pagar toda a quantia do seguro ao segurado. O crédito hipotecário fica incólume, mas o segurador está exonerado do dever de não pagar ao segurado, contra quem se exerce o direito real de hipoteca, que não se extinguiu com a exoneração do segurador. Não se precisa pensar em direito de penhor, em que se transformaria o direito de hipoteca, se não resta do bem o que o assegure (sem razão, JULIUS GIERKE, Der Versicherungsvertrag beim Niessbrauch, *Jhering8 JahrUicher,* 40, 417 s., e MARTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 490) a pretensão irradia-se do direito real de hipoteca. Qualquer acordo do segurado e do segurador, depois do sinistro, que

prejudique o credor hipotecário, não exime o segurador de pagar o seguro ao credor hipotecário. O

que se disse sobre pagamento ao segurado também se entende quanto ao pagamento aos sucessores do segurado, inclusive o que penhorou o crédito do seguro, salvo se não se observou o art. 936 do Código de Processo Civil, caso em que a disputa é no processo de execução, ou no concurso de credores (cf. li. SaBiA, *Wesen und Voraussetzungei& der Widerspruchsklage,* 155 s.; H. EMMERICH, *PfartdrechtskonIatrrenzen,* 500).

§ 2.524. ReUnião de titularidades dos direitos reais na mesma pessoa

1.DOMÍNIO OU ENFITEUSE E HIPOTECA. Se e titular do direito de hipoteca se torna dono ou enfiteuta do bem cujo dono ou enfiteuta, último ou anterior, gravou, ou vice-versa, coincidem na mesma pessoa a titularidade do domínio ou da enfiteuse e a titularidade da hipoteca. É o caso do dono ou enfiteuta herdeiro do titular do direito de hipoteca, ou vice-versa. Também aqui a causa de extinção não opera automaticamente; depende do cancelamento da inscrição. O adquirente do *outro* direito pode ter interesse em que se não cancele a inscrição da hipoteca, como se há hipotecas posteriores. É possível que tenha adquirido a hipoteca, ou a propriedade, para que outrem, a quem transfira a hipoteca, lhe dê mais por ela, ou anua na prorrogação espontânea ou emergencial (Código Civil, art. 817).

Não foi sem razdes *de lege ferertda.* que o legislador deixou de mencionar a reunião de titularidades na mesma pessoa como causa de extinção (ad. 849), como a respeito do penhor (ad. 802, V), do usufruto, do uso e da habitação (ad. 789, V). Vimos, todavia, que a enumeração não teria relevância inafastável, ao interpretar-se a lei.

2. DIREITO BRASILEIRO. No sistema jurídico brasileiro, os problemas, inclusive de construção, se simplificam, se atendemos a que os arte. 850 e 851 supõem nos casos similares e, portanto, nesse, o cancelamento da inscrição, para que se extinga a hipoteca.

A confusão, no tocante ao crédito, não determina, por si só, a extinção da hipoteca, nem a reUnião da titularidade do domínio (ou da enfiteuse) e da hipoteca na mesma pessoa. É preciso que se proceda ao cancelamento.

Enquanto não se cancela a hipoteca, o titular do domínio (ou da

enfiteuse) tem hipoteca sobre coisa própria. Essa hipoteca é cessível, o que torna impossível, após a transcrição da transferência, o cancelamento: a hipoteca passa a ser sobre coisa alheia. Dá-se o mesmo se, em vez de transferir o direito real de hipoteca, o proprietário ou o enfiteuta transfere o domínio ou a enfiteuse. Ainda que o negócio jurídico de que deriva o crédito garantido só se possa distratar com o consentimento dos figurantes, a renúncia pelo titular do direito real de hipoteca é suficiente para a extinção do direito real, uma vez que se proceda ao cancelamento. Enquanto não se cancela a inscrição, a hipoteca perdura. Se o credor remitiu a divida e não se acordou no cancelamento da inscrição, ou ainda não se procedeu a ele, há *hipoteca sem crédito.*

§ 2.525. Preclusão do direito de hipoteca

1.PRECLUSIO E PRESCRIÇÃO. A prescrição das ações reais foi elevada à categoria de causa de extinção da hipoteca pelo ad. 849, VI, do Código Civil. A preclusão do direito, por decurso de tempo, aparece no ad. 817 do Código Civil, servindo de ponto de partida do prazo a data da hipoteca, isto é, a data da inscrição, porque desse dia é que começa de existir o direito real. Lê-se no Código Civil, art. 817: "Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até perfazer vinte anos, da data do contrato. Desde que perfaça vinte anos, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por nOvo título e nova inscrição; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir". A solução técnica adotada pelo Código Civil merece toda atenção: a hipoteca não subsiste além dos vinte anos, podendo, antes de terminar esse prazo, ser prorrogada <prorrogação da hipoteca prestes a precluir, à semelhança de qualquer prorrogação de hipoteca com prazo, se quer evitar que se extinga) ; se foi esgotado o prazo, pode dar-se a *reconstituição da hipoteca,* se não foi cancelada, desde que haja nOvo acordo de constituição e nova inscrição. A favor dessa nova hipoteca, a lei não conferiu o grau que a hipoteca extinta *tinha* ao extinguir-se, ou o que *teria* se houvesse sido prorrogado até a data da nova constituição de hipoteca, mas o que lhe compete no momento da reinscrição ("então").

Posto que não seja preciso cancelamento da hipoteca após os vinte anos, entende-se, se foi requerido o cancelamento, que o titular da hipoteca extinta renunciou á vantagem excepcional do art. 817, 2Y parte, *in une.*

O prazo do art. 811 do Código Civil é preclusivo. Não se suspende, nem se interrompe (4.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de julho de 1942, *R. dos T.,* 143, 527).

Conta-se da data do *acordo de constituição* ou do *negócio jurídico unilateral de constituição,* e não da data da inscrição <*aliter,* no direito francês, art. 1.254). No art. 817 diz-se, claramente, "da data do contrato".1~*

2.PRAZO PRECLUSIVO E ATO CONSTITUTIVO DA HIPOTECA. É interessante observar-se que, sendo desde a data do acordo ie constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição o prazo preclusivo, a inscrição pode ter tido eficácia de tempo ínfimo, um dia talvez, O que se exaure é a eficácia do ato constitutivo, bilateral ou não. Tal preclusão nada tem com a inscrição (cf. Supremo Tribunal Federal, 18 de novembro de 1932, *1?.* ~.1 61, 294), nem com o crédito que com a hipoteca se garantia (4,a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de julho de 1942, *R. dos T.,* 143, 527).

Uma das conseqüências de que se haver feito começar da data do ato constitutivo, e não da inscrição, o prazo preclusivo, consiste em se tornar *inenscritivel* o ato constitutivo, bilateral ou unilateral, que passou vinte anos sem se inscrever.

§ 2.526. Extinção por existir termo extintivo ou condição extintiva

1.DETERMINAÇÕES INEXAS. Na hipoteca pode haver determinações mexas. A hipoteca pode acabar porque se lhe fixara prazo extintivo, ou condição extintiva (resilitiva).

Na hipoteca voluntária nada obsta a que se mexe terno final ou condição resilitiva. Nas demais hipotecas, a inserção de cláusula mexa depende de se ter previsto a sub-rogação real, devendo-se entender que somente se extingue a hipoteca se outra se inicia, com a sub-rogação real.

2. CAUSAS DE EXTINÇÃO O Urino extintivo, ou a condição extintiva, a que aqui havemos de nos referir, é o termo *resilitivo,* o Urino de resolução *ex nuno,* ou a condição resilitiva, a condição de resolução *ex nuno.*

Hipoteca houve; com o advento do tOmo ou condição, acaba. O termo

e a condição resilitivos somente podem ter relevância *real,* se houve inserção da determinação inem no acordo de constituição ou no negócio jurídico unilateral de constituição que se inscreveu. Consta, portanto, do registro. Está na dimensão da eficácia *real.* Aí entrou e ai se vê acabar a hipoteca. A cancelação não poderia ter eficácia desconstitutiva. Todavia, se o termo não foi atingido, ou não se impiliu a condição, e procedeu-se ao cancelamento, o cancelamento opera, *erga omites,* por declarar, embora falsamente, que se extinguira o crédito. Provado, na ação competente, que foi falsa a afirmação com que se obteve o cancelamento, o que se pode fazer é reinscrever-se a hipoteca.

É preciso que se não confunda o termo aposto à dívida garantida, que diz respeito ao vencimento, e o termo fixado à garantia findo o qual essa se extingue. Ali, o penhor subsiste; aqui, o penhor acaba (cf. Supremo Tribunal Federal, 11 de junho de 1947, *Á. J.,* 84, 80: "A garantia real prestada a obrigação a termo, não se extingue com o advento desse, mas somente com a extinção da obrigação"; confundiu prazo de vencimento e prazo de extinção a 2.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, a Ode junho de 1948, *Á.* 1., 82, 306).

3.TERCEIRO DADOR E TERCEIRO ADQUIRENTE DO BEM GRAVADO. Se o titular do direito de hipoteca ou o devedor ou Me e o devedor, conjuntamente, que obtiveram, por advento do Urino ou implemento da condição, que se cancelasse a hipoteca, qualquer sentença contra algum deles, ou contra eles, não pode restabelecer a hipoteca. Se foi o terceiro dador ou o terceiro adquirente que por ato seu o conseguiu, a ação de retificação do registro restaura a hipoteca que havia, mas os terceiros adquirentes posteriores ou os credores que se inscreveram depois do cancelamento não podem ser prejudicados. O titular do direito de hipoteca tem, para ressarcir-se, ação pessoal contra o culpado.

§ 2.527. Usucapião e extinção da hipoteca

1.CONSEQÚÉNCIAS CONCEPTUAIS. A usucapião é aquisição originária. Não seria possível tratar-se o adquirente como subordinado ao principio da permanência da hipoteca a despeito das alienações se mais do que a hipoteca é o domínio, ou a enfiteuse, e essa ou aquele pode extinguir-se a alguém por ter o terceiro adquirido o bem, ou adquirido o bem sem grava-me enfitêutico. Por outro lado, não se

pode afastar a adquiribilidade por usucapião pelo próprio dono do bem gravado se a causa que está à base da sua posse *ad usucapionem* não é aquela que estaria à base do seu direito sobre bem tido como gravado. Se A possui o bem *ad usucapionem,* como não gravado, porque se diz o dono dele e, talvez, propôs ação reivindicatória, o fato de A herdar de E, que o gravou, a propriedade, ou a enfiteuse, não interrompe nem tem qualquer repercussão na sua posse *ad usucapionem,* se não se muda a causa de possuir *(mutatio causae possessionú).*

2.POSSUIDOR E HIPOTECA. A hipoteca atinge o bem sob domínio ou sob enfiteuse, portanto apanha os direitos que dele, ou dela, se irradiam, inclusive o direito à posse. Não tem o titular do direito de hipoteca direito à posse, mas isso nada tem com o presente assunto. A posse própria do bem gravado pode não ser com referência ao titulo de domínio ou de enfiteuse que tem ou diz ter o dador da hipoteca. Dai a possibilidade de se completar tempo de usucapião por parte de possuidores que admitiram ou não admitiram a hipoteca. Na ordinariedade dos casos, o usucapiente está sujeito à eficácia real da hipoteca. Porém há espécies em que a aquisição da propriedade é livre de hipotecas, ou de outros direitos reais. (Aqui, convém observar-se que o direito romano foi posto de lado. Nele, quem adquiria a posse adquiria-a *cum causa pignoris:* otitular do direito de hipoteca tinha *ius possidendi;* podia entrar na posse do bem gravado.) O argumento maior que se poderia aduzir a favor da aquisição por usucapião com o gravame seria o do principio da publicidade: a hipoteca é direito real e, pois, direito cujo sujeito passivo é total (todos) ; em todos está incluído o possuidor. Mas é evidente que o argumento não procede. A *posse* não está no mundo jurídico; é acontecimento do mundo fático. O que produz a usucapião é a posse. O possuidor, como tal, não tem de estar a par do que se passa no registro, que é local de atos jurídicos; portanto, espaço do mundo jurídico. Por isso, adquire-se o domínio a despeito do registro e ainda que se conheça o registro (Código Civil, art. 550).

A extinção da hipoteca pela aquisição por usucapião, livre de gravame o bem, é independente do prazo preclusivo para extinção das hipotecas, que se fixou no art. 817 do Código Civil. Pode o prazo estar precluso, ou não.

Aliás, passa-se o mesmo a respeito das servidões que se podem adquirir sobre o bem gravado.

O terceiro adquirente que *nega* a existência da hipoteca ou a sua

valjdade ou eficácia põe-se na situação de quem vai adquirir por usucapião o bem, sem gravame, por ser sem reconhecimento desse gravame a sua propriedade.

Não há no sistema jurídico brasileiro regra jurídica especial sobre esse ponto, como tem o Código Civil italiano, art. 2.880, e já o tinha o Código Civil italiano de 1865, art. 2.030. Não era preciso inseri-lo no sistema jurídico brasileiro, porque o art. 849, VI, prevê, em geral, a extinção pela prescrição da ação real e, fora dai, a propriedade. No direito italiano, o art. 2.880 diz que, "riguardo ai beni acquistati da terzi, l‟ipoteca si estingue per kprescrizione, indipendentemente daí credito, col decorso di ventianfli daíla data deIta trascrizione dei titolo di acquisto, salve lê cause di sospenzione e d‟interruzione". A vantagem da solução brasileira está em que o art. 849, VI, do Código Civil brasileiro

beneficia a todos os donos e enfiteutas, sejam files devedores dadores de hipoteca, terceiros dadores e terceiros adquirentes. Não só a fisses.

CAPITULO XVII

PLURALIDADE DE HIPOTECAS

§ 2.528. Conceito de hipoteca posterior

1 ~.1. SEGUNDA HIPOTECA E HIPOTECA POSTERIOR. Costuma-se chamar segunda hipoteca a hipoteca que vem depois de[outra, tida, pelo menos em relação a ela, por primeira. Segundas hipotecas dizem-se as hipotecas que não são a primeira. Mas, se atendemos a que a primeira hipoteca pode desaparecer, o nome segunda hipoteca já não serve à segunda em data; bem assim, se consideramos que a segunda hipoteca em relação à terceira também o é em relação à primeira e à segunda, a ambiguidade, se não equivocidade, ressalta.

Se levamos em conta o valor do bem gravado, tem file importância decisiva quanto à hipoteca, ou às hipotecas, que nele recaem. Quem empresta dinheiro, ou aceita garantia real a divida de outra natureza, tem de indagar quais são os direitos reais que já gravam o bem, porque a respeito rege o principio de prioridade. Se trata de direitos que restringem a utilidade, há de avaliá-los, ainda perfuntoriamente, para saber qual é na verdade, pelo menos aproximativamente o valor do domínio, detratos fisses direitos reais. Se já há direitos reais de garantia, e.

g., outras hipotecas, tem de verificar qual a soma a que ascendem os valores de cada um deles a serem extraidos do valor do bem gravado. Cada hipoteca funciona, economicamente, como fração do valor do bem gravado, tanto mais quanto, no direito brasileiro, podem os interessados (constituinte e credor garantido > fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos bens hipotecados, para servir de base às arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação (Código Civil, ad. 818).

Se atendermos a que não se sói emprestar, ou aceitar garantia a débito de outra natureza, se o bem gravado não vale mais, fácil é compreendermos que segundas hipotecas (melhor: posteriores hipotecas) sobrevenham. Se o débito é de 20z e o valor do bem gravado é de lOOz, há resto que sobe a SOz e que permite outra ou outras hipotecas.

Não há limite legal ao número das posteriores hipotecas.

2.DIMINUIÇÃO DO VALOR E PLURALIDADE DE HIPOTECAS. Uma das conseqüências da diminuição do restante de valor à medida que se inscrevem hipotecas está em que de ordinário os titulares de primeira hipoteca exigem menores interesses, e os de segundas hipotecas entendem que correm maior risco se o imóvel se desvaloriza, sem sub-rogação real em pretensão indenizatória. Por outro lado, as hipotecas posteriores costumam ter prazo menor. Aliás, o ad. 818 do Código Civil estatui que, "salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira".

Não há diferença de regime entre as hipotecas terceiras e as segundas, em suas relações, e entre as segundas e as primeiras. As terceiras são segundas em contraposição às segundas e *às* primeiras.

À medida que se perde de graduação, a partir de um, em subida, as hipotecas sucessivas são menos seguras e mais expostas às vicissitudes de se esperar o vencimento das anteriores e de se esgotar o valor do bem.

Ao titular do direito de hipoteca assiste o direito de impedir que outro titular de direito de hipoteca, posterior, execute o bem gravado, antes de se vencer a sua, salvo se há insolvência do devedor comum, ou do dono do bem gravado ou do enfiteuta, em se tratando de garantia a divida de outrem. Havendo a insolvência, vencem-se as dividas e as hipotecas se tornam executáveis, por força dos arts. 954, 1, e 762, II,

do Código Civil, ressalvado o que se explicita no ad. 818, parágrafo único.

Quanto aos titulares de posteriores hipotecas, o ad. 813 do Código Civil, que nada tem com o ad. 923, IV, do Código de Processo Civil, confusão a que se não forraram alguns juizes, só em se vencendo a hipoteca anterior as posteriores podem ser executadas. A ação executiva real, que toca a essas, fica protralda até que se inicie a executividade da hipoteca anterior. Tal o conteúdo do ad. 813 do Código Civil, que nada tem com a insolvência.

Todavia, se ocorre a insolvência do devedor dador da hipoteca, ou do terceiro dador da hipoteca, ou do terceiro adquirente do bem gravado, *vence-se* a hipoteca, aliás vencem-se todas as hipotecas (Código Civil, art. 762, II). O

ad. 923, IV, do Código de Processo Civil não é invocável, porque exatamente ai se supõe que não haja outros bens livres e desembaraçados: se houvesse bens livres e desembaraçados, que se pudessem penhorar, não haveria insolvência.

3.SE O ART. 812 Do CÓDIGO CIVIL É DISPOSITIVO. No ad. 812 do Código Civil permite-se a segunda ou outra posterior hipoteca. A 43ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, a 17 de dezembro de 1932 *(1?*.

dos T., 85, 596), pareceu ser dispositivo o ad. 812. Poder-se-ia, portanto, vedar a segunda ou outra posterior hipoteca, O grau, a que corresponde a hipoteca, de nenhum modo é ofendido pela constituição de outra ou outras hipotecas posteriores. Ora, não há liberdade de proibir alienação: a proibição negocial de gravar somente é permitida onde a proibição de alienação o seria; se, *in casu,* se poderia pactuar a inalienabilidade do bem, pode-se pactuar a ingravabilidade.

O conteúdo da hipoteca concerne ao *valor* do objeto gravado. Em vidud~ disso, o que não é alienável, ou o constituinte da hipoteca não pode alienar, escapa à hipotecabilidade. Assim, na hipoteca conjunta de pertenças (Código Civil, ad. 810, II), sOmente se hipotecam as pertenças cuja propriedade coincide ser do dono do objeto a que se ligam pertinercialmente.

Segunda ou posterior hipoteca não se pode constituir se o titular do direito de hipoteca já ingressou em juízo, penhorando-se o bem (28ª Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 5 de abril de 1935,

R. dos T., 98, 501).

4.VENCIMENTO ANTECIPADO E PLURALIDADE DE HIPOTECAS. Vencida a hipoteca, por algum dos fatos mencionados no ad. 762, pode o titular do direito de hipoteca executar o bem gravado, e podem os titulares do direito de posteriores hipotecas executar as suas. Resta saber se, não tendo o titular da anterior hipoteca *publicado* o vencimento, inclusive por meio de comunicação aos outros titulares de hipoteca, podem esses alegar o vencimento antecipado daquela hipoteca. As espécies têm de ser examinadas, uma por uma: *a)* no ad. 762, 1, a intimação *judicial,* seguida do esgotamento do prazo para o reforço, que a decisão declara, é inicio de publicação, que se completa com o trânsito em julgado da decisão que afirmou não se ter dado o reforço; l O no ad. 762, II, o existir insolvência, ou falência, é matéria que se tem de alegar e provar e é independente de renúncia de qualquer credor que não seja remissão do crédito (cf. □

4 a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de junho

de 1941); e) no ad. 762, III, sim, pois a própria lei prevê a renúncia (ad. 762, III, alinea 23: "Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata"); *d)* no ad. 762, IV" e

o problema não se põe. Não se pode, portanto, admitir a *priori,* em todos os casos de vencimento antecipado, a renunciabilidade, como fez a 53ª Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 14 de agOsto de 1935 *(R.*

dos 2t, 108, 115). Ceda, *in easu,* a 43 Câmara Civil, a 7 de abril de 1937 (108, 611).

A insolvência existe se os bens do devedor, ou do dador da hipoteca, ou do terceiro adquirente, não bastam para se solverem todas as dívidas, incluído o quanto da hipoteca (= se as dívidas acedem a importância dos bens do devedor, Código Civil, ad. 1.554). Computa-se, portanto, o bem hipotecado (Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de junho de 1938, *R. F.,* 76, 74; sem razão, o voto vencido do Desembargador MÁRIO GUIMARIES).

5.AUMENTO DA DIVIDA GARANTIDA POR HIPOTECA. Se a hipoteca sOmente garante a divida x, sem se prever que essa dívida cresça continuando a gravá-la, em todo o seu importe, a hipoteca, qualquer aumento da divida é sem a garantia hipotecária. A própria elevação

acidental do quanto fixado não se insere nesse, nem basta a simples averbação <Conselho Supremo da COrte de Apelação do Distrito Federal, 13 de agOsto de 1930 e 30

de novembro de 1933, *A. J.,* 30, 559: "O aumento da divida, o Código o considera outra hipoteca, como está expresso no ad. 812; e, portanto, a sua inscrição está dependente dos requisitos legais, não podendo ser feita mediante simples averbação").

§ 2.529. Hipotecas cumulativas

1. CONCEITO. Se a hipoteca recai em dois ou mais bens, disse cumulativa ou coletiva. A ela alude o ad. 762, §

2i~, do Código Civil. O direito hipotecário é um só, em certo sentido, mas tem por objeto bens distintos, que por exigência do registro se têm como distintos, apesar da unidade do grava-me. A especialidade da hipoteca passa à frente da universalidade de fato. O ato constitutivo, embora se refira a dois ou mais bens, é para cada um, e a parte dele, que concerne a um bem, só ao registro desse pode interessar. Daí a necessidade de tantas certidões quantas as inscrições. A hipoteca de dois ou mais navios não é hipoteca de flotilha, mas de dois ou mais navios; a hipoteca da herança é hipoteca dos bens hipotecáveis da herança; a hipoteca da empresa é hipoteca dos bens hipotecáveis da empresa, o que não pré-exclui que, em vez de hipoteca de todos, haja só hipoteca de um ou de alguns, com ou sem as pertenças, o que no direito brasileiro depende de haver, ou não, hipoteca conjunta <não se confunda com a hipoteca cumulativa ou coletiva). No direito brasileiro, devido ao ad. 810, II, não há as dificuldades de outros sistemas jurídicos, a propósito de pertenças. Em todos os casos, o princípio da especialidade e o da publicidade são de respeitar-se.

Na pluralidade de objetos submetidos à mesma hipoteca, ou cada bem, com ou sem suas pertenças, responde por parte do crédito, ou cada bem responde por todo ele, posto que o credor só possa receber uma vez a quantia devida. Ali, a hipoteca não é cumulativa, mas sim discriminada interiormente. Aqui, há cumulatividade e, pois, solidariedade. A hipoteca é dita, então, correal. O titular de tal hipoteca pode propor a ação executiva real sobre todos, alguns ou um dos bens hipotecados. Tem-se dito que há tantas hipotecas quantos são os bens *(e. g.,* ANDREAS VON TUHR, *Der Áligemeine TeU,* 1, 138 s.).

Sem razão: a *escolha* entre todos, alguns ou um só dos bens mostra que não há a independência que se assoalha.

No § 1.132 do Código Civil alemão, diz-se que, se para o crédito existe ihipoteca sobre alguns imóveis *(Gesamthin~othek),* cada imóvel responde por todo o crédito: o credor pode satisfazer-se sobre cada imóvel, a seu líbito, pelo todo ou por parte do crédito; pode, outrossim, repartir pelos imóveis o importe do crédito. A hipoteca é uma só (M. HACHENEURO, *Vortrdge,* 636; G.PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., s55; G. GÚTHE, *Grundbuchordnung,* 983; sem razão: além de A. VON TUER, já citado, MARTIN WoLrF, *Lehrbuch,* III, § 148, nota 2, J. BIERMANN, Die "Einheitlichkeit" der Gesamthypothek, *Das Recht,* IX, 265).

Rigorosamente, não há hipoteca de empresa. Mas o acordo de constituição ou o negócio jurídico unilateral de constituição que dela cogite entende-se sobre os bens hipotecáveis. *No caso* de dúvida, a relação jurídica emanada do acordo de constituição, ou do negócio jurídico unilateral de constituição, pode ser objeto de ação de declaração positiva em que se precise aquilo sobre que se há de considerar constituída hipoteca, servindo acordo ou negócio jurídico unilateral e sentença para as inscrições. Não é de afastar que, ao invés de acordo de constituição ou de negócio jurídico unilateral de constituição, se trate de promessa daquele, ou desse (pré-contrato, ou promessa unilateral de constituir).

É inegável a conexão que a hipoteca cumulativa estabelece, uma vez que há o art. 762, § 2.0, do Código Civil.

Alguns juristas a negam, sem razão *(e.* g., TULLIo ASCALRELLI, *Appzcnti di Dirito commerciale,* 1, 40 s., e MARío GHIRON, *L'Imprenditore, VIm presa e l'Ãzienda,* 365; cp. também MÁRIO ROTONDI, *Diritto industriale, 43* ed., 876 s.).

A inexistência, nulidade ou ineficácia de cada constituição de hipoteca singular, no tocante ao ato constitutivo ou à inscrição, não se contagia às outras constituições de hipoteca singular.

Os bens gravados com hipoteca cumulativa podem ser situados em diferentes circunscrições, Municípios, ou Estados-membros, ou Distrito Federal e Estado-membro, ou Território. Não é de exigir-se que os donos ou enfiteutas, que os podem gravar, sejam um só *<aliter,* Código Civil suíço, art. 798), nem que sejam o devedor ou sejam os devedores.

Também há hipoteca cumulativa quando alguém hipoteca duas ou mais partes ideais do mesmo bem ou de diferentes bens em garantia de um mesmo crédito <G. PLANCI<, *Kommentar,* III, 43 ed., 850; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 480).

Não se pode fazer hipoteca cumulativa sabre imóvel situado no Brasil ou imóveis situados no Brasil e imóvel situado no estrangeiro, nem sobre aeroplanos ou navios que não sejam matriculados no Brasil. Se algum ou alguns imóveis ou aeroplano ou navios são regidos pela lei brasileira, sobre esses vale e é eficaz a hipoteca simples ou a cumulativa (O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 843; sem razão, O. PLANCK, *Komment ar,* III, 850).

Não há hipoteca cumulativa se as partes ideais no mesmo ou em dois ou mais bens é constituída por diferentes pessoas (G.PLANCK, *Kommentar,* III, 850).

As hipotecas que constituem o devedor ou terceiro dador e fiador não são hipoteca cumulativa <W.

MARCUSEN, Die Correalbypothek im modernen Rechte, *Zeitschrift flir vergíeichende Rechtswissenschaft,* 13, 230>.

Sobre dois ou mais bens não se podem, pelo mesmo crédito, constituir hipotecas singulares: ou seria hipoteca cumulativa, ou de graus diferentes (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 851; *3.* BIEEMANN, *Sachenrecht,* 483; sem razão, E. KRETZSCHMAR> Eestellung von Einzelhypotheken f <ir Teilbetrâge einer Forderung, *Zeitschrift flir Rechtspflege in Bayer-a,* 18, 33; GRtYTZMANN, Mehrere Einzelhypotheken ftir dieselbe Forderung, *Juristische Wochenschrift,* 52, 267).

É admissível a inscrição de uma hipoteca para o caso de ser ineficaz outra que se constituiu em garantia do mesmo crédito (K. Konmt, *J.* v. *Staudingers Kornmentar,* III, 760; MARTIN WoLn, *Lehrbuch,* III, § 148, nota 12; sem razão, O. PLANa, *Komment ar,* III, 851).

Não se pode determinar na hipoteca a relação jurídica interna quanto aos donos dos bens: são tratados à semelhança dos devedores solidários <.1. BIEBMANN, *Sachenrecht,* 481; K.IConn, *.T. v. Staudingers Koinmentar,* III, 760; sem razão, FRITZ ScHurãz, *Ri~cIcgriff und Weitergriff,* 71>.

2.HIPOTECA CUMULATIVA E HIPOTECA POSTERIOR. Se alguém, B,

tem hipoteca cumulativa sobre os bens a, *b* e o, e outrem, C, hipoteca posterior sabre o bem a e *b,* e B executa a hipoteca sobre os bens *a* e *b* e sobre o bem o, proporcionalmente, nada restando que possa satisfazer a C, B tomou caminho que causa prejuízo a C

que poderia não causar. Respectivamente: garantia de dois milhões de cruzeiros, sendo titular do direito de hipoteca B; garantia de trezentos mil cruzeiros, a favor de O; B executa os três bens, proporcionalmente, e nada resta do preço de a e *b*.

Surge o problema de técnica legislativa: não se pode tirar a B a pretensão à execução segundo os valores que foram dados aos bens gravados; ,~ como evitar-se o prejuízo a O? Não se pode indagar das razões que teve o titular da hipoteca anterior para preferir a execução proporcional à execução a mais do bem sem gravame posterior.

Qualquer que seja a execução preferida (proporcional, ou sobre o bem ou os bens gravados concorrentemente ou posteriormente), o titular perdente pode requerer a averbação da hipoteca posterior na inscrição da hipoteca anterior do bem compreendido na hipoteca cumulativa, que ficou livre dessa, ou de parte dessa.

Se há pluralidade de hipotecas posteriores, atende-se à pretensão de cada um dos titulares, observada a gradação entre eles. Se concorrentes entre si, há de tratar-se a espécie como se tivessem sido concorrentemente constituídas, no momento da exaustão, as hipotecas posteriores.

Se a hipoteca cumulativa anterior exauriu o valor dos bens executados e somente parte do valor de um, o que se grava é o que resta, sub-rogatoriamente.

A construção jurídica apresenta algumas dificuldades. Não se pode pensar. em sucessão na hipoteca, nem substituição do objeto da hipoteca, nem em transferência de hipoteca, nem em substituição de hipoteca a hipoteca.

Os graus são diferentes. O titular da hipoteca cumulativa anterior nada tem com o que se passa depois.

(A solução doutrinária, que temos de adotar, remonta, legislativamente, às Leis toscanas de 27 de julho de 1818, de 25 de dezembro de 1819 e de 2 de maio de 1836, art. 187, cf. Edito hipotecário piemontês de 1822 e Código Albertino de 1847, art. 2.~50.)

Não se pode proteger o titular da hipoteca posterior se a hipoteca cumulativa recai em bens de terceiro dador de hipoteca ou de obrigado solidário, ou se o devedor alienou os bens antes da inscrição da hipoteca posterior que se prejudica.

A *ratio juris* está em que, se alguém constitui hipoteca cumulativa e, depois, hipoteca especial, acorda ou em declaração unilateral de vontade outorga poderes para, em caso de frustração da execução da posterior hipoteca pela execução da hipoteca cumulativa, registrar a nova incidência do gravame.

3.DISTRIBUIÇÃO DA HIPOTECA CUMULATIVA. O titular do direito de hipoteca cumulativa pode *distribui-la,* isto é, dividindo o crédito pelos bens, a seu líbito, de modo que se transforme a hipoteca cumulativa em *hipotecas simples.* Para isso, há de haver declaração de vontade do titular aos que são donos ou enfiteutas do bem gravado e assentimento dos usufrutuários da hipoteca cumulativa e dos titulares de penhor sobre o crédito hipotecário.

4.TITULAR DA HIPOTECA CUMULATIVA. O titular da hipoteca cumulativa pode renunciar no todo à hipoteca, ou parcialmente, no que concerne a cada bem gravado. Para o cancelamento, ainda se parcial a renúncia, não é de mister assentimento do dono do bem gravado.

Quanto à disposição do direito de hipoteca, o titular não pode dispor quanto ao que se refere a algum dos bens.

Somente pode dispor do todo. A disposição parcial é ineficaz.

A penhora da ação hipotecária há de apanhar todos os bens. A extinção da hipoteca pode ser quanto ao todo, ou quanto a algum ou alguns dos bens. lidem, a remição.

Se o crédito foi pago sobre um só ou alguns dos bens gravados de hipoteca cumulativa, extingue-se a hipoteca cumulativa a respeito de todos, ainda que pertençam a diferentes proprietários.

Se o dono de um dos bens gravados de hipoteca cumulativa solve a divida toda, adquire a hipoteca cumulativa, podendo, porém, liberar o seu bem. *Aliter,* o direito alemão, onde o § 1.173, alínea i~, do Código Civil alemão faz passar a hipoteca somente ao bem do proprietário que solveu a dívida. A melhor solução é a que faz sub-rogar-se

pessoalmente o proprietário, que pode executar qualquer dos bens. No direito brasileiro, temos de Cêm > abstrair das relações jurídicas que existam entre os proprietários ou entre Eles e o devedor.

Na terminologia jurídica, cumpre ter-se todo cuidado no emprego das expressões "conjunta", "cumutativa" e outras, devido a certa multiplicidade de nomenclatura que se encontra a cada passo. Procuramos fixar os conceitos para que se evite qualquer confuso.

A discussão quanto à cessão de grau, isto é, quanto à cessão da prioridade, se está em causa hipoteca negocial, ou, em geral, voluntária, é, no direito brasileiro, sem importância (no direito prussiano, havia os que só a reputavam negócio jurídico de eficácia pessoal, *e.g.,* E. PARIs, *Pie Lehre von der Prioriti.ttsabtretung,* 9 s., os que lhe atribuiam eficácia real, se registada, *e.g.,* H. DERNEURO, *Preussisobes H~ypothekenrecht,* II, 278, e E.

STROHAL, *Die Prioritttsabtretung,* 83, e os que sem razão lhe viam eficácia real, ainda se não fora registada, *e.g.,* C. E. KOCH, *Allgemeines Landrecht,* li, 20, A. ACHILLES, *i» preussi.schen Gesetze liber Grundeigentura,* 228, cp. *Motive,* III, 228 > .

CAPITULO XVIII

HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO

§ 2.530. Posição do problema

1.DIREITO SEM REGISTROS E DIREITO COM REGISTROS CONSTITUTIVOS. Pusemos de propósito após o Capitulo sobre extinção da hipoteca o em que haveríamos de tratar da hipoteca de proprietário. A hipoteca de proprietário existe porque, devendo extinguir-se, alguma razão houve para que, com a coincidência de titularidade, não se extinguisse.

É evidente que o problema, antes da concepção dos registros constitutivos, foi mais árduo. O que havia de excepcional passou a ser mais facilmente explicado.

2.HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO E O DIREITO ANTIGO. A afirmação de que o direito romano não tinha a hipoteca de proprietário, absoluta em alguns, como H. DERNBURG *(Das Pfaredrecht,* II, 570 s.; não para

o direito prussiano, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts,* 1, 754), foi cedo repelida por E. vON JEEBING (Passive Wirlcungen der Rechte, *JahrbiLcher flir die Dogwtatik,* 10, 458 >, G. BudusA *(Die Hypothek des Eigentiimers,* 20 s. > e H. SCHOTT (Ober die accessorische Natur des Pfandrechts, *Jahrbiicher fiJr die Dogntatik,* 15, 31).

3.HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO, NO DIREITO CONTEMPORANEO. No problema da hipoteca de proprietário, da hipoteca *in re pra pria,* há dois aspectos que se têm de considerar, separadamente: *a)* o de ter sobrevindo a mesma idade de titulares do direito de domínio e da hipoteca; *b)* o de poder o dono do prédio dar em garantia a si mesmo o próprio prédio. Com o sistema dos registros concernentes a imóveis, aquele aspecto deixou de ter as controvérsias que antes do registro de imóveis suscitava. No § 52 do Apêndice ao Preussisches Alígemeines Landrecht, que tanto influiu no sistema jurídico brasileiro, afastou-se que a simples reUnião das duas titularidades operasse *ipso jure* a extinção da hipoteca: teria de advir vontade do titular dos dois direitos; e podia o direito de hipoteca, e antes da extinção voluntária, ser transferido (O. SToBBE, *Hartdbuck des deutschen Privatrechts,* II, 319 5.; R. GOLDSCHMIDT, *Svstematik des Pfandrechts und die Rypothek des Eigentibners,* 37

s.). Também na Suíça refletiu-se a solução que se impunha (F. VON WySs, *Referat itber die schweizerischen Hvpothelcenreehte,* 28 s.).

Quanto ao segundo aspecto, nenhum inconveniente há em que o credor faça inscrever como hipotecado o bem que lhe pertence. Não só pode ele querer ceder o crédito como também transferir a propriedade do imóvel. Porém não é só: pode o crédito pertencer a patrimônio especial, ou pertencer a patrimônio especial o prédio. Coube à Lei prussiana do Livro fundiário (1872), § 27, dar a devida redação à regra jurídica que se estava revelando à doutrina, por força das circunstâncias econômicas do século: o proprietário pode, disse a Lei prussiana, inscrever em seu nome a renda fundiária, e transferir o direito real.

4. A DOUTRINA. A resistência à concepção da hipoteca de proprietário foi grande. O primeiro escrito que dela tratou, com dados, aliás, preciosos, foi-lhe contrário, posto que visse o elemento “valor” que não é, propriamente, conteúdo do direito de propriedade (A. F. VON DER HAGEN, *Die Hypotkelc des Eigentitmers,* 286 s.). L.

PUCETA *(Pandekten,* 9.s ed., 313) chegou a chamar “monstruoso” o

conceito de hipoteca da própria coisa. F. P.

BREMER *(Hypothek und Grundschuld,* 48) ferreteou-o como contradição em si mesmo. Para F.

SCHOLLMEYER *(Die Hvpothek des Eigentiimers,* 40), de nada se trataria do que de proposição sem sentido.

A evolução do mundo e da investigação científica tornou obseletos os próprios argumentos contra a hipoteca de proprietário. Em 1873, E. 1. BEKKER *(Die Áktionen de., rãmischen Privatrechts* II, 370 s.) proclamava haver *jura. iii pra pria* limitados, que podem existir e exercer-se ao lado do domínio; e E. STROHAL (Die Eintragungstheorie, *Griinkuta Zeitsckrift,* IV, 485490> frisou que, após o sistema do livro fundiário (registro de imóveis), havia possibilidade de servidões na própria coisa.

§ 2.531. Antes da legislação sobre registros

1.DIREITO ROMANO E HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO. Ao contrário do que se assoalha, o direito romano conheceu a hipoteca de proprietário. Certamente, em principio, não se admitia a hipoteca sobre a coisa própria, nem o penhor sobre coisa própria (cf. L. 45, pr., D., *de diversia reguli. iuris antiqui,* 50, 17: "Neque pignus neque depositam neque precarium neque emptio neque locatio rei suas consistere potest"; L. 29, D., *de vigneraticia actione veZ contra,* 13, 7; L. 33, 1 5, D., *de usurpattonilna et uaucapionibua,* 41, 3).

2.ALGUNS TEXTOS QUE PROVOCARAM DISCUSSIO. (a) Na L.30, 5 1, D., *de exceptione rei iudicatae,* 44, 2, PAULO, reproduz a *Lez Latinus Largus:* "Ao transigir-se sobre herança, entre Mécio, a quem pertencia, e Ticio, que movera a controvérsia, fez-se por Ticio ao herdeiro Mécio a tradição dos bens da herança, com a qual tradição se entregou, por causa do pacto, fundo seu próprio, que muitos anos antes havia obrigado ao avô do mesmo herdeiro Mécio e depois se havia incluído em obrigação a favor de outrem. Feito isso, credor posterior de Tício pleiteou por seu direito, e venceu. Após Esse julgado, o herdeiro Mécio encontrou entre as coisas de seu avô quirógrafo do mesmo Tido escrito muitos anos antes, pelo qual patente ficou que o fundo, que havia vindo na causa da transação, também havia sido obrigado a seu avô pelo mesmo Tido. Assim, pois, constando que se havia dado, em primeiro lugar, ao avô do herdeiro Mécio o mesmo fundo, a propósito do qual fora vencido Mécio, pergunta se pode exercer, sem lhe ser

oposta qualquer exceção, o direito de seu avô, que ignorava quando litigou sobre o mesmo fundo". Adiante: ..... na questão proposta mais me faz vacilar se se terá extinguido o direito de penhor, tendo-se adquirido o domínio (in proposita autem quaestione magia me illud movet, numquid pignoris lua extinetum ult domínio adquirito), porque não pode subsistir o penhor, havendo-se constituído dono o credor. Mas compete a ação pignoratícia, porque em verdade a coisa foi dada em penhor e não se pagou, razão por que opino não obsta a exceção de coisa julgada (actio tamefl pignoraticia competit verum est enim et pigneri datum et satisfactula non ess6, quare puto non obstare rei iuditatae exceptionem) ".

A Glosa somente viu, ai, a extinção do penhor. E. DERNBURO (Das *pfandrecht,* II, 372), relembrando a fórmula da *adio h?,pothectLfla,* explicou porque, a despeito da extinção do penhor, permanecia a *adio hijpothecarta* não houvera solitt, nem *satisfactio.* Mas a que corresponderia essa *adio?* ~ Ao crédito que fora garantido? j~Ao interesse que persistia? LA *utilis actio?* ~,À posse do credor pignoraticio? W. FRANCRE *(Civilistische Abhafldluflg,* 112) e G. HARTMANN (Rechte an eigener Sache, *Jahrbúcher f«r die Dogmatik,* 17, 100 s.> aludiram ao interesse, mas ação irradiada só do interesse não seria de admitir-Se. J. J. BACHOEEN *(Das rômiache PfandrCClLt,* 1, 84 s.) e O. BÚCHEL *(Civitreúhthche Erõrteruflgen,* 1, 95 s.> e H. KUHLMANN *(Die Hypothek des EigentiLt~S.* 45-51) deram outra explicação ao texto o primeiro referiu-se à posse a titulo de penhor (cf. L. 33, § 5, *de* nsur"pcitiOfltbfl *et ~s~capionibu8,* 41, 3>; o terceiro lê *pigitus* como se apenas se tratasse de penhor de móveis. (b)Na L. 1, C., *si antiquor creditor pignus vendideflt,* 8, 19, está escrito: "Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. Cum auteni debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solntiim dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdeni res debitor venumdedisset sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod sidem possessori propter praecedentis contractas auctoritatelfl debitum est, obtuleris". Se o que antes recebeu o penhor o houver vendido, não te poderia ficar a ação persecutória da hipoteca. Porém, quando o devedor houver dado em pagamento ou vendido ao próprio credor anterior os mesmos penhores, não se te retira a ação persecutória, como se o devedor houvesse vendido a outros as mesmas coisas. Todavia, ao perseguir as coisas obrigadas, serás ouvido se ofereceres o que, pela autoridade do contrato anterior, é devido ao mesmo possuidor. W.BuonKA *(Dia HvpotJtelc* deu *EigemtÃLríterS,* 30-36) zurziu o tato porque teria havido *satiefactio.* Idem, J. 3. BÂCEOnN *(Das r6,ruásche*

?faredrecht, 1, 93), que só admitia a *ezeeptio doU* contra a ação do

segundo titular do direito de hipoteca.

E. DERNBURG *(Das pfartdrecht,* 11, 574) argUta a inadmissibili<lede da *adio hvvothetaria,* com a *repUoatio* contra o titular do direito de hipoteca posterior. Mas H. KUHLMÂNN *(Die Hypothelc deu Eigentilrflrs,* 51 e.> entendia que, com a venda da coisa, as hipotecas posteriores caem; se o devedor a vende ao tomador do penhor, as hipotecas posteriores persistem.

(e) Também foram discutidos os textos da L. LI, pr., D., *ad senatus conaultum trebelUatti&rit,* 36, 1, e da L. 19, D., qui „potiorea *in pignore veZ krpotheca habeantur* et *de Me* r4 *in priorum creditonLrft* Zoctnn *aucceduni,* 20, 4.

Nessa, diz-se que a mulher deu em dote ao marido prédio obrigado em penhor e em testamento instituiu herdeiros o mando e os filhos nascidos dele e também aos de outrem. O credor, podendo demandar os herdeiros, que eram idôneos, foi contra *o* fundo. Pergunto (escreve OSVOLA): se o legitimo possuidor oferece o pagamento tem de ser compelido a ceder o direito de seu crédito? Respondi que pode parecer não pedir coisa injusta (posse videri non iniustum postulare)".

3.TEXTOS EM QUE SE ENCONTRA A HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO. O penhor ou a hipoteca na coisa própria aparece na L.17, D., *qui potiora in pignore veZ k.ypothee/I hokeaflttttr et de hiu qui in priorum creditorum Zocum auceedttnt,* 20, 4, onde PAULO diz: "Eum qai a debitore suo praediuIfl obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad pnoreilt credítorem ex pretio pecunia perveuit". O que comprou de seu devedor prédio obrigado há de ser amparado sômeute quanto ao que do dinheiro do preço chegou ao primeiro credor. AI, a hipoteca ou penhor da coisa pr6pria ressalta.

Bem assim na L. 3, § 1, D., *de distraetio'W pignor%nt et kypotkecarltflt,* 20, 5, em que PÂPINIANO elucida: "Si tameu debitor non interveniente creditore pignus vendiderit elusque vretlum priori creditori solverit, eniptori poterit offerri quod ad alium creditoreTfl de numnita sius pervenit et usuras mediA temporis: nibil enim interest, debitor pignus <latim vendidit an denuo pignori obllget". Se o devedor vendera o penhor sem intervir o credor e dera em pagamento o preço dele ao primeiro credor, pode ser oferecido ao comprador *(jus offereMi)* o qut de seu dinheiro foi ao outro credor e os interesses do tempo intermédio; porque nada importa que o devedor haja vendido o penhor dado, ou que de novo o obrigue em penhor. Na pessoa do último, propriedade e penhor cumul3.m5e.

Na L. 3, C., *de his qui in prioruitt creditorlim locum tuccecinnt,* 8, 18, está que, se com teu dinheiro foram pagos os credo res preferentes a quem esteve obrigada a posse, que dizes haveres comprado para que o preço fôsse aos mesmos credores anteriores, sucedentes no direito deles e podes amparar-te com justa defesa contra os que foram menos preferentes que eles

(Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit posseSSio1 quafli emisse te dicis, ita ut pretium pervenirit ad eosdeifl priores creditores, in ius eortlfll successisti et contra eos, qui infirmiores Uhis fuerunt, iusta defensione te tueri potes). II. DERNBURG *(Das Ffandretht,* 11, 515, 579, 475 e 514) procurou mostrar no "in ius successisti mera ajusto ao grau do direito de penhor, mas ~ como seria possíVtl grau de direito sem existir o direito? G. flucnKA *(Die Hypothck des EigentiimerL 3746)* repeliti a j~~eTpZetaÇtO de *otftrre* como *jus offerendi* e atribuia senso atécnico ao termo, o que II. XUHLMANN *(Die Hvvothek des EigetttikIterS)* exprobrou. por se tratar de imperador sábio, como era Alexandre Severo. Por seu lado, G. E. PUCUTA

{Pawltktefl, 9.~ ed., 328) sustentava que, tendo o penhor, o comprador não adquiriria a propriedade (contra, por exemplo, AIIGUST SCHAUEIt, *Behandiunfi der EigentiLmer~HVP< >thek* 34 s. e 40).

§ 2.532. Depois da legislação sobre registros

11. FUNÇÃO EVICACIÃL DO REGISTO. A legislação sobre registros inclusive sobre navios e aeronaves tornou ato *constitutivo* a inscrição e *descontitutivo* (constitutivo negativo) o cancelamento. t fácil perceber4e como se fortaleceram os argumentos aduzidos a favor da existência de hipotecas de proprietário.

2. CONSEQUENCIAS Uma vez que o registro é positiva ou negativamente constitutivo, não se pode postular que não possa existir situação que corresponda aos fatos, fora do que file faz público. Publica o que é, e publica o que não é.

A inscrição tem de ser descontituída, para que deixe de ser. O direito ao gravame tem de ser inscrito para que o gravame nasça.

§ 2.533. Solução do problema

1.ABSTRação DO REGISTRO. Ainda se abstração do registro da propriedade e do gravame fácil é notar-Se como se apoiava em gravame fino de classificação dos direitos e das ações a doutrina contrária à possibilidade da hipoteca de proprietário. Por um lado, repetiam-Se. explicita ou implicitação todos os argumentos contra o negócio jurídico consigo mesmo. que, como vimos <Tomo III. §§ 318 e 819), fez, a despeito disso o seu caminho.

Por outro lado, não atendia a que alguns dos argumentos não serviam à negação da existência de hipotecas do proprietário. O proprietário. dador da hipoteca ou adquirente do bem hipotecado, não é, de modo nenhum,o *dendor* da hipoteca. A hipoteca é direito real. A ação executiva contra o devedor, se cabe, ou a ação condenatória contra file, para que, com o trânsito em julgado da sentença, possa o credor executar o devedor, com o principio da par *condicio,* de modo nenhum se confunde com a ação executiva hipotecária, que é real. O direito, as pretensões e ações, sendo reais, dirigem-se contra todos, e somente devido ao interferisse do proprietário ou do possuidor é que têm de ser citados. A situação do proprietário e a do possuidor não são diferentes da que tem, na ação de reivindicação o que consta ser dono ou que é possuidor pr6prio do bem reivindicando. Assim, alguns óbices doutrinais, que se opunham ao negócio jurídico consigo mesmo, não seriam admissíveis, se discute a hipoteca de proprietário. Salvo, entenda-se, quando se pergunta se o proprietário pode constituir hipoteca, a favor de si mesmo, em acordo de constituição de hipoteca ou em negócio jurídico unilateral. Ai, há o acordo consigo mesmo ou o negócio unilateral a favor de si mesmo, como a emissão do cheque ou a renúncia ao gravame feito a favor do cônjuge, se o bem é comum. preciso ter-se sempre em vista que sereia a mesma pessoa o devedor e o dono do bem gravado é mero *aeident.*

O terceiro dador da hipoteca, cessionário do crédito com a hipoteca, e o terceiro adquirente do bem gravado, que adquire crédito e hipoteca, podem ter interesse em que a *sua* hipoteca conserve o grau que tem, contra os outros credores em gravame

2. REGISTRO CONSTITUTIVO. Uma vez que o registro da hipoteca é constitutivo, é *inevitável* a aparição de hipotecas de proprietário. Se o dono do bem gravado adquiriu o crédito e a hipoteca, ou se o credor, que é titular do direito de hipoteca, adquire o bem gravado, a coincidência de titularidades ocorre, o que, conforme vimos, já preocupava os juristas romanos, sem haver, então, a exigência do registro. Enquanto não se registra a extinção da hipoteca, o dono do

prédio é dono e titular do direito de hipoteca. Nada obsta a que registre a transmissão da propriedade ou da hipoteca sem registrar a extinção. A pluralidade de patrimônios pode exigir que assim proceda.

§ 2.534. Principais hipotecas de proprietário

EXAME DE ESPÉCIES. No direito romano, o bem hipotecado sujeitava-se, na totalidade do seu conteúdo, ao gravame de modo que, se alguém aceita constituição de segunda ou posterior hipoteca, já conta com a redução do valor, se tem de satisfazer o quanto correspondente à hipoteca ou às hipotecas anteriores. Tais princípios são os do direito brasileiro.

(a)Se o proprietário adquiriu a hipoteca de grau *b,* para ficar antes da hipoteca de grau *e,* ou se adquire a de grau a, nenhum inconveniente teórico ou prático há contra ele se tornar titular de direito de hipoteca sobre o bem próprio: o bem só responde pelas hipotecas, pelas hipotecas só responde o bem, e ele desembolsou aquilo com que adquiriu a hipoteca *b,* ou a hipoteca a. Se ele faz cancelar-se a hipoteca *b, e* passa a esse lugar, segundo o princípio romano (cf. Erro HIRSCHPELD, *fleitrage z. Pfandreekt am eigenen Grundstúck,* 2 s.); se faz cancelar-se a hipoteca a, L‟ vai ao lugar de *a* e e ao que era de ix Se não *quer* o cancelamento, pode retransmitir o direito de hipoteca, que perdurou, ainda que não haja outras hipotecas (o direito romano não ia até ai) -

(b)Se o proprietário satisfaz o credor que tinha hipoteca, sub roga-se no crédito, se devedor é outrem; porque file, a despeito de ser proprietário, não é o devedor na relação jurídica que corresponde à divida garantida. É terceiro (Código Civil, art. 985, XI e III) -

Assim, subsistem o crédito e a hipoteca, sendo titular o proprietário. Se ocorre que era o devedor e cede o crédito contra si mesmo, com a hipoteca, se torna devedor do cessionário. No registro tem file de fazer constar que a hipoteca lhe foi transferida e que a transfere a outrem, ato que pode ser formalmente um só, devido à sub-rogação pessoal nos direitos do credor satisfeito. Tudo isso vem da Declaração prussiana de 3 de abril de 1824, §§ 63-66

(texto em BRUNO LANCE, *Die Eigent&nwrhypothek,* 8 s.). A quitação legitima ao cancelamento ou à transmissão (W. TURNAU, *Die preussiache Grundbuchordnung,* 58 ed., 528).

(c) Caso típico de hipoteca de proprietário tem-se no Decreto n. 370,

de 2 de maio de 1890, arts. 331 e 332. Diz o art. 881: “As letras hipotecárias, com que se fizerem pagamentos antecipados, serão seladas com sêlo especial”. E

o art. 332: “As letras do artigo antecedente entrarão em sorteio em concorrência com as outras e serão levadas à circulação logo que houver novos empréstimos”.

2.PROPRIETÁRIO NÃO-DEVEDOR, ADQUIRENTE DO CRÉDITO E DA HIPOTECA. Se o proprietário, que não é o devedor, adquire o crédito e a hipoteca, é inevitável a hipoteca de proprietário. Só se extingue com o cancelamento; porque a relação jurídica real, a que corresponde a hipoteca, é distinta da relação jurídica pessoal ou real, a que corresponde a divida garantida. Ao proprietário transferem-se crédito e hipoteca; e o devedor tem todas as exceções contra o credor e as que existam entre file e o proprietário *(e.* g., o proprietário assumira, perante o devedor, o dever ou o dever e a obrigação de adimplir a divida; ai, H. Smmt, Zur Theorie von Schuld und Haftung, .*Therings .Takrbiicker,* 50, 156, não admite, sequer, a transferência de crédito).

O proprietário não-devedor que solver a dívida sub-roga-se, pessoalmente, ao credor, É proprietário adquirente do crédito e da hipoteca.

Se o proprietário adquire o crédito e a hipoteca, mas cede o crédito a terceiro, entende-se que transferiu, com o crédito, a hipoteca, *salvo se dispôs diversamente* (Código Civil, art. 1.066). A cláusula em contrário é renúncia à hipoteca, porém os seus efeitos reais somente começam do registro. Se não há a renúncia explícita, ou cláusula que pré-exclua a transmissão da hipoteca, o cessionário do crédito pode fazer transcrever a cessão como acordo de transmissão da hipoteca (Código Civil, art. 1.067, parágrafo único: “O cessionário do crédito hipotecário tem, como o sub-rogado, o direito de inscrever a cessão à margem da inscrição principal”) - Cf. Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, art. 178, *b),* II.

Pode dar-se que a hipoteca sobre bem alheio se transfira ao proprietário *sóem parte,* e é o que se tem quando só em parte o proprietário solve a divida.

3.PROPRIETÂRIO-DEVEDOR, ADQUIRENTE DO CRÉDITO E DA HIPOTECA. Se o proprietário do bem gravado por divida de outrem adquire o crédito e a hipoteca, há dupla aquisição, sendo hipoteca de

proprietário a hipoteca.

Se o proprietário era o devedor, por ter sido o dador da hipoteca, ou por ter adquirido o bem gravado, tem-se de distinguir da cessão do crédito ao proprietário do bem hipotecado a cessão do crédito ao devedor, o que dificilmente se pode dar, porque mais se caracterizaria o pagamento e, pois, a extinção. Sem fazerem a distinção, divergiam F. SCHOLLMEYER *(Die Hypothelc des Eigentiimers,* 11-17), de um lado, e A. ACHILLES *(Die preussischen Gesetz liber Grundeigentum und Hypothekenrecht,* 305), H. DnNnuno *(Lehrbuoh des preussischen Privatrechts,* 1, § 337) e G. BUCHKA *(Die Hypothek des Eigentiimers,* 115). Mas R. GOLDSCHMIDT

(Systematik des Pfandrechts und die Hypothek des Eigentiimers, 35) pensava na extinção do crédito, pela confusão, permanecendo a hipoteca, *sem crédito que garantisse.* Por seu turno, F. SCHOLLMEYER *(Die Hypothek des Eigentiimers,* 40 s.) metia a dívida fundiária no lugar do crédito extinto. Esse expediente, pouco sincero, foi o que veio até & Código Civil alemão, porém não até o sistema jurídico brasileiro.

Se o devedor herda do credor o crédito, abrindo-se concurso dos credores do decujo, não há confusão quanto ao crédito: portanto, não há extinção do crédito, nem da hipoteca. Idem, se há herdeiro fideicomissário.

Outrossim, se, não sendo o devedor proprietário do bem gravado, se transmite o bem ao credor, ou o credor cede o crédito ao proprietário.

Se o titular do direito de hipoteca renuncia à hipoteca, o proprietário, enquanto não se cancela a hipoteca, não se torna titular do direito de hipoteca: o titular é o renunciante até que se proceda ao registro.

O proprietário do bem gravado, se não seder, não está obrigado a satisfazer o credor. *Pode pagar.* Se é devedor, não é como proprietário que está obrigado a pagar. *Tem de* pagar, como devedor, que é. Se não reconhece a divida e quer evitar a ação executiva hipotecária, *pode* pagar como proprietário e *negar-se* a pagar, como devedor.

O proprietário, que é devedor, somente tem hipoteca de proprietário se *por alguma razão* o crédito não se extinguiu, ou, ainda que o crédito se haja extinguido, se deixa de providenciar quanto ao cancelamento da hipoteca, inclusive se a transfere.

No direito brasileiro, não se recorre à transformação da hipoteca em divida fundiária. O art. 1.052 do Código Civil é da máxima relevância: “Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus

acessórios, a obrigação anterior". Se obstou à confusão, não há restabelecimento: o crédito persistiu, a favor do cessionário, contra si mesmo. Isso, no plano do crédito garantido. No plano da hipoteca, nada ocorreu que a extinguisse, porque a extinção depende do registro (Código Civil, arts. 850 e 351).

4.TERCEIRO E SUB-ROGação PESSOAL. Se algum terceiro interessado, que não é adquirente do bem gravado, nem titular de segunda ou posterior hipoteca (Código Civil, arta. 815 e 814), solve a divida, não há remição da hipoteca, mas há sub-rogação pessoal no direito de crédito e na hipoteca. O terceiro não-interessado, de modo nenhum: não há sub-rogação pessoal, a favor dele (Código Civil, art 931, 28 parte); nem, a *fortiori,* pode remir. No juízo executivo, a remição tem seus princípios próprios.

5.TERCEIRO DADOR DA HIPOTECA QUE SOLVE A DIVIDA. Se o proprietário, não-devedor, do bem gravado solve a dívida, dá-se a sub-rogação pessoal, com todas as conseqüências, inclusive a sub-rogação pessoal na hipoteca (Código Civil, art. 1.066). Tem legitimação para a transcrição da transferência (Código Civil, art.

1.067, parágrafo único; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *b),* II).

§ 2.535. Transferência da propriedade

1.TRANSFERÉNCIA DA PROPRIEDADE E HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO. „. Se, após a aparição de hipoteca de proprietário, há transmissão da propriedade ou do crédito, a hipoteca, para todas as conseqüências, passa a ser hipoteca a favor do credor não-proprietário ou a favor do cessionário. Se sobrevém condomínio, a hipoteca de proprietário torna-se hipoteca sobre bem alheio em comum. Se há dois ou mais cessionários, todos são titulares do direito de hipoteca.

2.PROPRIETÁRIO SEGUNDO REGISTRO. Se o proprietário segundo o registro adquiriu a hipoteca por cessão do crédito, é eficaz a aquisição ainda se o adquirente sabia não ser proprietário (Martin WOLFF, *Lehrbuch,* III, §

144, nota 26). Vale a cláusula em que se condicione a cessão a ser proprietário o adquirente.

§ 2.536. Hipoteca de proprietária originária

1.CONCEITO. Chama-se hipoteca de proprietária *originária* a hipoteca de proprietário que se constituiu sem ter havido, antes, hipoteca sobre bem alheio.

2.CRÉDITO FUTURO E CRÉDITO SO EM CONDIÇÃO OU A TÉRMO. Se o crédito, em garantia do qual se constituiu a hipoteca, deixa de nascer, ou ainda não nasceu, entendem alguns juristas e leis, inclusive o Código Civil alemão, § 1.168, alínea 1.a, parte La, que se dá hipoteca de proprietário, sem ter havido hipoteca sobre bem alheio. A construção é artificial, e não devemos recebê-la; a hipoteca pertence, ai, ao credor pretendido ou ao credor futuro, a despeito de não existir o crédito. Se o acordo de constituição não era válido, ou se o crédito, que se garantiu, não nasceu, não há pensar-se em hipoteca de proprietário: titular do direito de hipoteca é o outorgado, até que se desconstitua a inscrição. Quanto à hipoteca por crédito sujeito a condição ou ter não MARTIN WOLFF

(Lehrbuch, III, fi 145, nota 2, 531) entendia que era errada a opinião de que a! não ocorria hipoteca de proprietário, isto é, a opinião que a considera hipoteca do credor. Sem razão, porém, estava ele, e certos LEO

STERNEERG (Die Hypothek fúr eine kftnftíge oder eine bedingte Forderung, e *.flterings Ja.hrbitcher,* 62, 377 s., 401 s.) e OTTO SCHREIEER *(SchuZd und Haftung,* 318). Há direito evnectativo, enquanto pende a condição ou o termo, e o erro, em tal ponto, não foi dos dois juristas citados, mas de MARTIN WOLFF.

No que respeita ao acordo *invdido* ou *ineficaz* de constituição, a inscrição tem de ser desconstituída. Se admitirmos que de tal inscrição possa irradiar-se efeito, Esse efeito somente pode ser a favor do outorgado, e não do proprietário (sem razão: J. KOHLER, *Enzylclopddie,* II, 63; K. SCHILDE, *Die Unrichtigkeit des Grundbueks,* 32 s.; O~rro Scnnmn, *Schuld und Haftung,* 334 s.; H. OnnNEcK, Die Eigentflmerhypothek im Lichte der Praxis, *Gruehots .Beitrtige,* 47, 327; JULIUS VON Gíun, *Grgndriaa des Sachenrechts,* 2.~ ed., 146; com razão: Ono VON Gnan, *Deutaches Privatrecht,* II, § 166, n. 29; Orm FISCHn, Konversion unwirlcsamer Rechtsgeschãf te, *Festsch#ift flir* ADOLF WACH, 1, 258; G. PLANCK, *Komrnent ar,* III, 48 ed., 968). preciso distingamos a invalidade que atinge a inscrição e a invalidade

que não a atinge, de modo que a fé pública do registro ampara o outorgado.

3.NASCIMENTO DE HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO ORIGINÁRIA. Se alguém constitui hipoteca condicional a favor de quem ganhe o concurso, ou tire o prêmio, e o próprio constituinte ganha o concurso, ou tira o prêmio, a hipoteca de proprietário é originária.

§ 2.587. Conte6do da hipoteca de proprietário

1. PRINCÍPIOS. A hipoteca de proprietário tem o conteúdo que lhe permite a circunstância de ser direito sobre bem que pertence ao titular. Todavia, não se trata de negócio jurídico contra si mesmo, nem de direito contra si mesmo: o sujeito passivo da relação jurídica real é *total,* e não o dono do bem gravado, a) O proprietário não pode executar, forçadamente, o bem gravado, ou o mais que a hipoteca abrange, a fim de se satisfazer. LO Se outrem inicia a execução, o proprietário tem o direito a ser satisfeito com o produto, devido ao grau de seu direito sobre o bem hipotecado. Não há, no direito brasileiro, a regra jurídica do art. 815 do Código Civil suíço (cf. Código Civil austríaco, § 470, Lei dinamarquesa de 31 de março de 1926, § 40). O *posto* ainda não está vazio.

Cumpre advertir-se em que a hipoteca somente garante o crédito e só é executável conforme o que consta do registro.

Se o proprietário fosse o devedor, o que lhe tocasse, conforme o grau, seria executável segundo o princípio da *par condicio;* mas, na hipótese, a dívida é de outrem.

O fundamento de a) está em que a execução poderia ser evitada pela solução ou pelo registro; de modo que não se justificaria execução contra o bem próprio. Não em que poderia o titular da hipoteca vender o bem e pagar a todos, inclusive a si mesmo (JosEF KOHLER, *Enzyklopãdie,* II, 43). Nem em que poderia abusar do seu direito (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, § 146, 1, 1). Mas sim em que a execução forçada iria contra quem poderia extinguir a hipoteca.

2. ATOS DE DISPOSIÇÃO. O proprietário, titular do direito de hipoteca, pode dispor do bem gravado e da hipoteca à mesma, ou a diferentes pessoas, ou só do bem gravado, ou só da hipoteca. Quer a causa de morte, quer entre vivos.

3.ATOS PERMITIDOS DE EXECUÇÃO FORÇADA. Se o titular do direito de hipoteca herda o bem gravado e há indivisão, ou se o herdeiro é único e ainda corre a ação de inventário e partilha, pode o inventariante executar o bem gravado, abrindo-se, assim, exceção ao princípio a), que se expôs sob o n. 1, porque ocorre terem-se de tratar proprietário e titular do direito de hipoteca como pessoas distintas (E. STROHAL, *Jherings Jahrbiicher, 5,* 286; 1□. HEINSHEIMER, Zweiparteienprinzip, *Festschrift fiir* ADOLF WAÇH, III, 145 s.).

4. GRAVAME. O titular do direito de propriedade pode gravar o direito garantido por hipoteca ou o direito de hipoteca *(e.* g., empenhar o crédito hipotecário, dar em usufruto o crédito e a hipoteca).

5.RENÚNCIA E CANCELAMENTO. O proprietário titular da hipoteca sobre bem próprio pode renunciar à hipoteca, como pode renunciar ao domínio, ou a ambos. O cancelamento pode ser por alegação de coincidência de titularidades.

Pode acontecer que o proprietário haja prometido a algum titular preferente à sua hipoteca cancelar a que lhe toca.

A pretensão do promissário é somente pessoal, ainda em concurso de credores ou falência (cf. GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das RIM gerliche Gesetzbuck,* II, 593; H. FtJLD, *Dia EigentlLmerhypotkek im Konkurse,* 67 s.; SIMIoN, *Dia Wachungspflichtige Eigentliraergrundsch,id,* 42 s.; H. WALLSMANN, Verzicht auf die Eigentilmerhypothek und seine Wirkung im Konkurse, *Ãrchiv 11W BItrgerlickes Recht,* 39, 14 s.). Todavia é possível a *inscriçao preventiva da a$o pessoal já pro posta* (Decreto a. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arte.

173, a), VII, e 281; no direito alemão, é inscritível o próprio pacto, SXMÊON, *Dia Wachungspflichtige Eigentitmergr.uradschuld,* 42 s.; sem razão, O. STRECKER, em G. PLANCK, *Komrnent ar,* III, t~ ed., § 1179, 6).

§ 2.538. Renúncia e cancelamento

1.CONCEITOS. O ato de pedir o cancelamento da hipoteca pode ser por motivo de renúncia, ou por motivo de reUnião das titularidades da propriedade e da hipoteca na *mesma* pessoa.

Não importa se o pedido exigência é feito pelo titular dos dois direitos, ou quem lhe suceder nas duas titularidades, ou na hipoteca, O que apenas adquiriu a propriedade não o pode pedir, porque a hipoteca ficou ao que era titular do domínio.

2.DIREITO FISCAL. Para o direito fiscal, é Importante saber-se se houve *renúncia,* ou simples pedido de *cancelamento por eztinção. E* sse não pode ser tributado por equivaler a renúncia.

§ 2.539. Hipoteca de proprietário e tutela jurídica

1.HIPOTECA DE PROPRIETÁRIO E PROPRIEDADE. É inadmissível a teoria que, à formação da hipoteca de proprietário, vê integrada a propriedade. Ora, se essa integração se desse, automática e fatalmente, não se poderia pensar em hipoteca de proprietário. O conteúdo da hipoteca de proprietário é *distinto,* como o é o de qualquer hipoteca (cf. G. 1-IARTMANN, *Recht an eigener Sache,* „73 s.). A hipoteca de proprietário é *direito restringente* do domínio, como todos os direitos reais limitados. Trata-se de direito real sobre coisa própria. Foram teorias que se têm de repelir as que viam na hipoteca de proprietário *direito sem sujeito* (M. HACHENRURO, *Vortrdge,* 2~a ed., 524), ou reserva de disposição sobre quota de valor (E. vON SCHWIND, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, *Jherings Jahrbiicher,* 68, 133 s.).

2.DIREITO ESPECIAL? Não se tem na hipoteca de proprietário *outro* direito real. O direito de hipoteca, ainda quando não se especialize o objeto, é um só; aí, não há, sequer, especialização do objeto. A própria ablação da *iniciativa* para a execução é medida prática, que não retira ao direito a pretensão executiva.

CAPITULO XIX

REFORÇO DE GARANTIA

§ 2.540. Deterioração e depreciação do bem gravado

1.DEVEDOR E REFORÇO DA GARANTIA. Tenha sido, ou não, o dador da hipoteca, tem o devedor o dever de reforçar a garantia, se o bem, deteriorando-se ou depreciando-se, desfalcou a garantia (Código Civil, art. 762, 1). Não se disse: se tornarem insuficientes os bens ao pagamento do quanto, mas se "desfalcar a garantia" (cp.

Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 15 de outubro de 1938, *R. F.,* 77, 339).

2.PRETENSÃO AO REFORÇO E PRETENSÃO À SUBSTITU!ÇÃO. O que nasce ao titular do direito de hipoteca, que fica sem garantia, é a *pretensão à gravação de outro bem,* pretensão semelhante à do Código Civil, art. 820: "A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da divida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente". A pretensão ao reforço existe desde que se dê diminuição da garantia: a destruição é a espécie extrema da diminuição e ainda faz nascer a pretensão à gravação nOvo objeto se a vinculação à hipoteca não se extingue, como é o caso do que está sujeito à hipoteca legal, ou judicial, e o que se vinculou a nova hipoteca em caso de desaparição do objeto hipotecado.

A ação do titular da pretensão à substituição ou ao reforço é titular de ação reparatória. Tanto existe nas hipotecas voluntárias como nas outras. Somente a respeito daquelas é que se pode pensar em *antecipação do vencimento* ou decadência do termo.

Não há prescrição de tal ação. Enquanto há ação executiva

hipotecária, há ação para lhe dar objeto executável ou objeto que complete a possibilidade de satisfação.

3.REFORÇO E EXAUSTÃO DO VALOR POR EXECUÇÃO DE HIPOTECA DE GRAU PREFERENTE. Se havia hipoteca especial e outra, posterior,‟ sabre o mesmo bem, e mure-se o valor do bem gravado, há pretensão do titular da posterior hipoteca a que se lhe dê em garantia hipotecária outro bem, em substituição ou em reforço, se isso resulta de não se ter por vencida a posterior hipoteca. Se a hipoteca anterior é cumulativa, *a jortiori* há a pretensão à substituição ou ao reforço, o que provém da genialidade toscana.

Não há cogitar-se de pressuposto de insolvência. Tudo só se aprecia objetivamente: suficiência ou insuficiência do bem gravado. O bem desaparecido é bem extremamente insuficiente.

§ 2.541. Insuficiência dos bens especializado, em hipoteca

1. HIPOTECA LEGAL. A hipoteca legal supõe crédito presente ou futuro contra a pessoa que a presta. Se o importe excede o que se reputaria máximo e se tomou por base para a especialização e inscrição, exsurge ao pretensão ao reforço. Não é essa, contudo, a causa única de insuficiência. A insuficiência pode provir da deterioração ou da depreciação: o art 762, 1, do Código Civil *supõe* principio geral de pretensão ao reforço, quer se trate de hipoteca voluntária, quer de hipoteca legal ou judicial, inclusive a chamada hipoteca judiciária.

Lê-se no art. 819 do Código Civil: "O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, mostrando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir que seja reforçada com outros posteriormente adquiridos pelo responsável".

2.PRETENSÃO A SUBSTITUIÇÃO. A pretensão à substituição é pretensão a que se dê em hipoteca outro bem, uma vez quo o bem especializado desapareceu, ou se desvalorizou completamente, ou se extra comercializou CAPITULO XIX

HIPOTECA, PREFERÊNCIAS E PRIVILÊGIOS

§ 2.542. Hipoteca e créditos preferentes

1. HIPOTECA E EXECUÇÃO. No momento da execução da hipoteca é que se têm de verificar os direitos reais de garantia anteriores e posteriores à hipoteca e os privilégios. Os direitos reais limitados dos que usam ou fruem a coisa ou dela tiram renda, anteriores à hipoteca, são incólumes à execução. O que se hipotecou só se entende com o domínio ou a enfiteuse, detrato o usufruto, o uso, a habitação, a anticrese, ou a renda sobre imóvel. Os direitos gratrantes são distintos. Se a hipoteca é de domínio, extrai-se valor ao domínio. Se a hipoteca é de enfiteuse, extrai-se valor à enfiteuse. Quanto aos direitos reais limitados de uso, ou de fruição, ou de renda, posterior à hipoteca, não

são eles escapos à execução, conforme o direito gravado < domínio ou enfiteuse).

No tocante aos direitos pessoais de uso ou fruição, só os podem antepor à hipoteca a penhora anterior, com efeitos *erga omites,* e a lei que lhes haja atribuído oponibilidade, como acontece na espécie do art. 759, parágrafo único, do Código Civil.

O que adquire o imóvel adquire-o com as hipotecas que há. Não importa se ignorava, ou não, o registro. Nem se o alienante disse que transferia a propriedade livre de quaisquer ônus.

O Código Civil livrou-se das velhas legislações alemãs do século XIX, que permitiam ignorar-se o registro, ou pensar-se em ter havido erro. Nenhuma pretensão tem o adquirente contra o credor hipotecário; posto que possa ter contra o alienante pretensão pessoal. Nem a aquisição posterior à hipoteca atinge, em qualquer efeito, a relação real hipotecária. Se havia entre o credor hipotecário e o adquirente ou entre o credor hipotecário e o alienante negócio jurídico de que resultou algum dever ou obrigação do credor hipotecário, há outra questão, que nada tem com o direito das coisas, salvo se foi acordo de extinção (negócio jurídico de direito das coisas).

Estatui o art. 759 do Código Civil: “O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição”. E o parágrafo único: “Excetua-se desta regra a divida proveniente de salário do trabalhador agrícola, que será paga precipuamente a quaisquer outros créditos, pelo produto da colheita para a qual houver concorrido com o seu trabalho”. Também lhe preferem:

as custas judiciais da execução da hipoteca (Código Civil, art. 1.564) ; as despesas de conservação do imóvel feitas por terceiro, mediante consenso do devedor e credor, depois de constituída a hipoteca; o crédito devido à vitima de acidente no trabalho (Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, art. 35, parágrafo único) ; os impostos, taxas e contribuições de eficácia *real.*

O privilégio do trabalhador agrícola só diz respeito ao produto da colheita para a qual concorreu com o seu trabalho. Colheita está, ai, como safra; o trabalho é tanto o de semeadura ou plantio quanto o de limpa, cuidados e colheita, propriamente dita. Se os frutos *ainda* são do dono do bem gravado, há o privilégio e o crédito passa à frente da hipoteca. Se terceiro já os adquiriu, de nenhum privilégio se pode

cogitar (cf. 3□a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de julho de 1931, *R. dos T.,* 84, 282).

Se a lei permite inscrição ou averbação a algum direito pessoal, o registro torna-o incólume à execução hipotecária, como acontece à locação imobiliária no caso do art. 1.197 do Código Civil. Se a lei permite a inscrição ou averbação e essa não foi feita, à hipoteca é inoponível o direito pessoal; idem, se o registro foi posterior à hipoteca.

Se o usufruto foi posterior à hipoteca, pode dar-se que o usufrutuário, no exercício do usufruto, deteriore ou deprecie o bem usufruído. A solução, que tem o titular do direito de hipoteca, ainda que o usufruto fosse anterior à hipoteca, é a de intimar o proprietário a reforçar a garantia (Código Civil, art. 762, 1). Não se apura culpa.

Problemas somente surgem a propósito de produtos do bem gravado. Os frutos podem ser colhidos antes de tempo; e isso, por parte do usufrutuário, se o usufruto é posterior à hipoteca, não pode ser sem reparação ao titular do direito de hipoteca que tenha de exercer a ação executiva hipotecária ao tempo em que ainda não poderiam ser colhidos tempestivamente. Se o usufruto foi inscrito antes da hipoteca, não cabe penhora de frutos pendentes.

Os frutos liberam-se do gravame pela separação, ainda se o usufruto é de grau inferior ao da hipoteca (A.

KLUMPP, *Das deutsche Grundbuchreeht,* 710; F. KRETZSCHMAR, *Einfilhrung in das Grurulbuchreeht,* 1, 883; G. PLANCE, *Kommentar,* III, 43 ed., 808; C. CROME, *System,* III, 698: GUSTAV MVLLER e GEORO

MEIKEL, *Das Bilrgerliche Recht,* ~, 23 ed., 863; LEO MÚLLER, *tlber die hypothekarische Haftung der Grurtdstiickserzeugnisse,* 48 5.; P. METTIER, *Die Ffartdhaftung der Frliehte eines Imm.obile,* 66; ERICH

SCHIICK, *Erstrekt sich nach dem 8GB. aul die uom Grundstiteke getrennten Erzeugniss e...?,* 48 s.; RÕDER, fie Hypothekenhaftung der Grundsttickserzeugnisse, *Gruchote Reitrdge,* 49, 541 s.; sem razão: E. FUCHS, *Grundbuchrecht,* 1, 412 s.; H. WU,LENBÚCHER, *Das Liegenschaftsrecht,* 164; E. LANDSBERG, *Das Rechi des 8GB.,* II, 757;

J. BIEBMANN, *Saehenrecht,* 315 s.; BRACHVOGEL-FRYDRYCHOwía, *Handlntch des Grurtdbuchrechts,* 45; MAx

HALLBAUER,

Das

Hypothenkenrecht,

25;

J.

BOEHM,

Das

materielie

und

.formelle

Reichsgrundbuckreeht, 167; G. LIEBE, *Riirgerliehes Recht,* II, 149; L. C. CRETSCHMAR, *Das Biirgerliehe Recht,* 1, 886; TURKE-NIEDENFUHR, *Das Biirgerliche Recht,* II, 428).

2. NAVIOS E PRIVILÉGIOS DOS CREDORES, EM RELação ÁHIPOTECA. Estabelece o Decreto n. 15.788, art. 20: "O crédito hipotecário marítimo prefere a quaisquer outros, com exceção dos seguintes: a) custas e despesas judiciais e impostos federais; *b)* créditos resultantes do engajamento do capitão, tripulação e pessoal de bordo; e) indenizações devidas por salvamento, e contribuição às avarias comuns; *d)* obrigações assumidas pelo capitão fora do porto do registro para as necessidades reais da conservação do navio ou continuação da viagem; *e)* indenizações devidas em razão de abalroamento ou outro qualquer acidente de mar. No caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário, serão observadas as disposições do Código Civil e da Lei de Falência aplicáveis à espécie". Só os impostos, taxas e contribuições *reais* estão à frente da hipoteca; não os outros tributos e contribuições.

3.FAZENDA PÚBLICA E PREFERÉNCIA DA HIPOTECA. A Fazenda Pública tem preferência sobre os titulares de direito de hipoteca quanto aos impostos, taxas e contribuições que recaiam, com eficácia real, sobre o imóvel (Supremo Tribunal Federal, 17 de dezembro de 1940, *.1?. de J.* 8., 50, 160; 8 de setembro de 1941, *R. 1'.,* 89, 445; 28 de maio de 1943, 1?. IX, 96, 617; 2.B Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 1941, *1.,* 19, 642).

Diz o art. 1.0 do Decreto n. 22.866, de 28 de junho de 1933:

"Os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, seja qual for a sua natureza". E o parágrafo único:

"Pelo pagamento respondem todos os bens do devedor, do seu espólio ou massa falida, ainda quando gravados com ônus reais, que não poderão obstar o processo executivo para respectiva cobrança". Quanto aos direitos reais limitados, somente os atingem os impostos, taxas e contribuição de eficácia *real;* não, os demais (Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1938,

1?. IX, 80, 97). O que não é, por sua natureza, imposto, taxa ou contribuição *real,* não passa à frente da hipoteca.

Se a hipoteca foi em fraude de execução, tem a Fazenda Pública de alegá-lo e prová-lo, para que seja invocável o art. 2.0 do Decreto n. 22.866: "Consideram-se feitas em fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu comêço realizadas pelo contribuinte em débito". Aqui, há *ineficácia relativa* dos atos de disposição ou de gravame *(verbia*

"ou seu começo").

4. CRÉDITOS FUTUROS. A hipoteca em garantia do credito dito futuro é eficaz desde que, em se tratando de condição, ou de termo, pois já há, ai, *direito expectativo* se inscreve a hipoteca. *A fortiori,* se está em causa pré-

contrato. Se o crédito é meramente futuro, isto é, nenhum direito formativo gerador e nenhum direito expectativo há, ou a inscrição não podia ser feita, por faltar o que se garantisse (sem razão, apoiando-se em frágeis argumentos doutrinários, a 5□& Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, a 28 de abril de 1934, *R. dos T.,* 90, 310). Não se pode ter opinião a respeito de tais assuntos se não se conhece a diferença entre direitos formativos, direitos expectativos e direitos ainda não existentes.

A hipoteca inscrita, em caso de condição suspensiva, ou termo, é em garantia do direito expectativo e, após surgir o direito expectativo em garantia desse. Não se precisa, ai, da figura da hipoteca de proprietário, nem da figura da divida real sobre imóvel, como ocorre no direito alemão.

Se a hipoteca é a favor de C, que espera adquirir de E o crédito contra A, dador da hipoteca, há *hipoteca condicional,* e não hipoteca em garantia de crédito condicional.

A *hipoteca de máximo* é hipoteca de crédito futuro, porém já há direito formativo ou direito expectativo. A *causa debendi* já está apontada. Não há, no sistema jurídico brasileiro, a hipoteca a favor de alguém, qualquer que seja a causa, porque o art. 846, II, exige que se mencione, para a inscrição, "a natureza do crédito, o valor do crédito" e o da coisa, ou sua estimação.

§ 2.543. Hipoteca que se garante e gravame da hipoteca

1.USUFRUTO, USO, HABITação E HIPOTECA. A hipoteca pode ser garantida por usufruto, uso ou habitação.

O usufruto de créditos pode recair em créditos garantidos por hipoteca, devendo-se entender que o usufruto de créditos apanha a hipoteca que o garante. Ali, o credor cujo crédito foi garantido por hipoteca passa a ser usufrutuário, usuário ou habitador, que se vai satisfazendo do crédito garantido. Aqui, é o credor, cujo crédito foi garantido por hipoteca, que o dá em usufruto: alguém usufrui o crédito garantido por hipoteca, espécie que cabe no art. 719 do Código Civil.

2.HIPOTECA QUE SE GARANTE POR USUFRUTO, USO OU HABITação. Posto que o sistema jurídico brasileiro tenha o instituto da anticrese, nada obsta a que, havendo hipoteca, se constitua a favor do titular do direito de hipoteca usufruto, ou, havendo usufruto, se dê ao usufrutuário hipoteca em garantia. Nos povos que não têm o instituto da anticrese, o usufruto a favor do titular do direito de hipoteca exerce importante função (cf. A.

NUSSBAUM, *Das Nies8brauchsrecht,* 20 s. e 79 s.; A.MANIGK, Antichresis, *Handwãrterbuch der Rechtswissenschojt* de F. STIER-SOMLO e A. ELSTn, 1, 220).

O usufruto em garantia pode ser sobre outro bem, ou sobre o próprio bem hipotecado. Constituinte pode ser o devedor, ou o dador da hipoteca, ou o terceiro adquirente do bem hipotecado, ou outrem.

A hipoteca pode ser fortalecida por usufruto, uso, habitação, ou outro direito real que assim tem função de garantir a garantia. Ainda

quando a lei abre exceção ao que se estabelece na Lei n.. 5.453, de 16 de janeiro de 1928, art. 1.0, que reduziu o objeto das letras hipotecárias das sociedades de crédito real aos imóveis especializados, a hipoteca recai sobre o fundo social e de reserva, como o usufruto recaIria (cf. MAX

WINZERLING, *1>ie durch Niessbrauch verstãrkte Hypothek,* 19 s.), se tal se dispôs no acordo ou ato constitutivo.

3.GRAVAME DO DIREITO HIPOTECÁRIO. O direito da hipoteca pode ser gravado de usufruto ou de penhor.

As duas espécies apresentam os caracteres próprios dos dois institutos: não se empenha o direito de hipoteca quando a alguém se dá em usufruto, nem o usufrui quem o tem em penhor.

Gravado de penhor ou de usufruto o crédito, grava-se a hipoteca, por averbação.

O gravame do direito de hipoteca não dá ao outorgante poderes que não tem o titular do direito de hipoteca. Os poderes que esse tem passam a ser exercitáveis, no todo ou só em parte, pelo outorgante do gravame sobre o direito de hipoteca. Se, por exemplo, o devedor, na relação jurídica que corresponde ao crédito garantido com hipoteca, deixa de adimplir, o credor pignoratício pode exercer executivamente a ação hipotecária (Decreto n.

24.778, de 14 de julho de 1934, art. 2.~). Tratando-se de usufruto de crédito hipotecário (= crédito garantido com hipoteca), só o usufrutuário pode exercer a pretensão às prestações periódicas que se hajam de considerar frutos civis. Se deixa de solver prestação de capital, ou parte dele, credor e usufrutuário têm a ação executiva hipotecária.

A constituição de qualquer penhor ou usufruto de crédito garantido por hipoteca somente grava o direito de hipoteca desde o momento em que se *averbe* no registro de imóveis ou no registro da hipoteca de navios ou de aeronaves. Esse registro supõe que se hajam observado, conforme a espécie, ou as espécies, as regras jurídicas de registro concernentes a hipoteca especial, ou cumulativa.

As exigências registrárias concernentes ao gravame do direito de hipoteca não se entendem necessárias à gravação do crédito garantido pela hipoteca. Se C obteve de B, credor de A com garantia hipotecária, penhor do crédito e não se fez a averbação quanto à hipoteca, houve

constituição de caução de crédito e não houve penhor do crédito com a hipoteca (PANuÇCIo, *La Cessione volontaria dei crediti,* 38; D. Basno, *Sistema istituzionale dei Diritto privato,* II, 2.8 ed., 163; sem razão, Orno GoaLA, *Commentario,* VI, 514 5.; DEGNI, DelIe Ipoteche, *Comrnentario dei Codice Civile* de D"AMnão, VI, 740 s.; obscuros: F. MESSINEO, *Manuale,* II, 8.~ ed., § 105; SOUTO, *Istituzioni,* 1, 6.~ ed., 243 s.; L. BARÁSSI, *Istituzioni,* 48 ed., 720).

Se foi feita a averbação do gravame, porém outrem, que não o outorgado, fez gravar primeiro, em caso de registro necessário ao gravame do crédito, o seu direito de garantia, o grava-me do direito de hipoteca não pode passar à frente desse gravame do crédito registrado antes, porque a gravação da garantia hipotecária supõe a gravação prévia do crédito. Passa-se o mesmo se o credor cede a duas ou mais pessoas o mesmo crédito e uma delas, que não registrou a transferência do direito de hipoteca, notifica, antes do cessionário que registrara a transferência, o devedor cedido; mas, aqui, a hipoteca é eficaz, porque a posterior cessão, notificada, somente tira vantagem, no tocante ao devedor (ineficácia relativa, Código Civil, arts. 1.069 e 1.071, cp. art. 1.076 e 1.077).

A averbação é constitutiva do gravame, e não declarativa (A. TORRENTE, *Manuale di Diritto privato,* 357; D.

CALLEGARI, *Istituzioni di Diritto privato,* 695; sem razão, GI No GORLA, PÁNUCCIO e DOMENICO RUBINO).

O usufruto sobre crédito garantido por hipoteca é usufruto sobre o crédito garantido, não sobre a hipoteca. Trata-se de direito sobre direito, ai direito real (cp. MAx HEYMANN, *Der Niessbrauch an Forderungen,* 18 s.), porque todo direito de usufruto, ainda quando recai em créditos, é direito real.

CAPITULO XX

AÇÕES ORIUNDAS DO DIREITO DE HIPOTECA

§ 2.544. ação declaratória

1.EXISTENCIA DO DIREITO REAL LIMITADO. O titular do direito real de hipoteca tem ação declaratória para que o juiz declare a existência da relação jurídica de hipoteca, com as pretensões ou ações que lhe

correspondem, ou só a existência da relação jurídica de hipoteca, ou só dessa e da ação executiva hipotecária, ou da eficácia da ação executiva hipotecária.

2.IMPESCITILIDADE E EFICÁCIA SENTENCIAL. A ação declaratória é imprescritível. A sentença só tem efeitos entre as partes. A eficácia *erga omnes* só derivaria de citação edital.

§ 2.545. ação condenatória

1.OFENSA AO DIREITO REAL DE HIPOTECA E OFENSA À COISA HIPOTECADA. Seja o devedor ou terceiro o dono do bem hipotecado, ou o enfiteuta, em caso de hipoteca de enfiteuse, a dano ao bem, feito pelo dono, pode diminuir-lhe o valor. Daí a ação condenatória que toca ao titular do direito de hipoteca. Os juristas que a pré-excluem em sendo credor o dono do prédio gravado, ou o enfiteuta, se de enfiteuse a hipoteca, não têm razão: a relação jurídica da hipoteca é real, e não pessoal, como pode ser a do crédito garantido. No direito brasileiro, não há diferença quanto à fonte da obrigação de ressarcir.

Se a ofensa é ao direito real de hipoteca, tudo se passa como a respeito dos outros direitos reais limitados (Tomos XVIII, § 2.240, e XIX, §§ 2.848, 1, 2.845, 2.409, 8, e 2.412).

2. NASCIMENTO DAS AÇÕES. Tais ações nascem antes de qualquer penhora, mas o pagamento, no caso de ofensa ao objeto da hipoteca, ~só se pode fazer por ocasião da execução. O que verdadeiramente se passa é que a carga de executividade somente se pode exercer quando a ação executiva hipotecária se exerça, porque é parte do quanto que se garantiu. Todavia, dá ensejo desde logo a medida cautelar, ou a pretensão ao reforço da hipoteca.

§ 2.546. ação de preceito cominatórlo

1. PRESSUPOSTOS. Se há dano que possa perdurar, ou se é de temer-se o dano, pode ser exercida a ação de preceitação, se há obrigação de fazer ou de não fazer (Código de Processo Civil, art. 302, XII).

2.INSERÇÃO NA ação CONFESSÓRIA. A ação de preceito cominatório pode ser inserta na ação confessória, ou ser exercida à parte. A ação é

de cognição incompleta, com a alternativa de que se falou no Tomo XVIII, §

2.242, 2.

§ 2.547. ação de segurança

1.MEDIDAS CAUTELARES. O titular do direito real de hipoteca tem as ações cautelares contra o dono do prédio hipotecado, ou contra o enfiteuta, no caso de hipoteca de enfiteuse, se há os pressupostos do art. 675 do Código de Processo Civil *(e.* g., art. 676, II).

2.PROCESSO. O processo é o dos arts. 675, 682, 683, 685 e 688 do Código de Processo Civil. Pode ser proposta a ação, preparatoriamente (Código de Processo Civil, art. 684).Cf. Código de Processo Civil, art. 677.

§ 2.548. ação confessória

1.HIPOTECA E ação CONFESSÓRIA. A ação confessória fez-se inversa da ação negatória, o que a diferencia de qualquer *vindica.tio* simétrica à *rei vindicatio* (cf. Tornos XIV, §§ 1.571-1.586, especialmente § 1.585, e XVIII, § 2.244, 1). O titular do direito real de hipoteca tem a ação confessória. Não se pode pensar em *vindicatio,* porque o titular do direito real de hipoteca não tem posse, que pudesse ser retirada e dar ensejo à vindicação.

2.NATUREZA DA ação CONFESSÓRIA. A ação confessória é ação de condenação, conforme se expôs nos Tomos XIV, § 1.585, e XVIII, § 2.244, 3-5.

§ 2.549. ação executiva hipotecária

1. GARANTIA REAL E ação. O credor que obteve garantia hipotecária para o seu crédito tem duas ações inconfundíveis: a *ação pessoal* para satisfação do crédito pessoal, que pode ser executiva (e é provável que o seja) se a lei faz do título extrajudicial, que se alega, título executivo, e a *ação real,* pela qual se pede o importe da hipoteca, com os interesses. A ação pessoal, se executiva, vai sobre todos os bens do

devedor, ao passo que a ação real só apanha o bem gravado. A ação pessoal dirige-se contra o devedor, que pode não ser o proprietário (ou enfiteuta) do bem gravado; a ação real dirige-se contra o proprietário (ou enfiteuta), o possuidor em nome próprio e contra todos que possam obstar à extração do valor do bem gravado, para se satisfazer a hipoteca. Se devedor e proprietário <ou enfiteuta) não são a mesma pessoa, a ação executiva pode partir com a constrição do bem gravado e a constrição do patrimônio, mas aí a cumulação de ações executivas se caracteriza, o que pode dar ensejo a algumas dificuldades práticas, a respeito de exceções. As sentenças reais apresentam, de regra, certas vantagens, e a constrição de todos os bens, em virtude de ação executiva pessoal, expõe o juízo às verificações concursais. Se só se propõe a ação executiva real, a ação hipotecária, não há, então, pensar-se em concurso, salvo excepcionalmente. Por outro lado, a competência para a ação executiva real é sempre a do juízo do lugar em que se situa o imóvel (Código de Processo Civil, arte. 136 e 137); a competência para a ação executiva pessoal é segundo as regras jurídicas gerais (Código de Processo Civil, art. 134>.

Por direito romano, o titular do direito de hipoteca tinha ação para entrega do bem hipotecado, com o fim de privadamente o vender. No direito comum, persistiu a ação. No direito brasileiro, não há tal ação, nem o titular do direito de hipoteca em qualquer pretensão à posse do bem gravado. Somente tem a ação executiva hipotecária.

Posto que se diga, a respeito de ação executiva hipotecária, que se "condena o demandadO", referindo-se o juiz ao proprietário do bem gravado, que foi citado, em verdade apenas se *executa,* e condenação somente há quanto. a todos, incluído o proprietário do bem gravado. Nesse ponto, errou KONRAD TIELLWXG *(Ãrwprtwh und Ktagrecht,* 361; *Lehrbtttft des 4egtschett ZivilprOZe8SflCht,* 1, 204; 3. BINDER, Zur Lebre von Schuld und flaftung, *Jkerings Jahrbitther,* 77, 182), porque seria ver-se relação jurídica entre o titular do direito de hipoteca e o proprietário, o que de modo nenhum se há de admitir, embora, se o proprietário é o devedor, possa haver relação jurídica. Tão pouco, tem guarida a opinião dos que recorrem a "condenação condicional" (r= condenação à prestação de x, se quer evitar a execuçãO forçada), que Tu. 1<1v? (E. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* ~, ~ ed., 1197) insinuava. Nem se pode reduzir a eficácia sentencia1 a ponto de se fazer declaratória a ação, em que importaria dizer-Se que a sentença há de julgar que o demandante se pode satisfazer sobre o bem gravado, ou simplesmente condenação a telerar a execução (O. STRECI<EII, em G. PLANCK, *Kornmeisttlr,* í:ii, 4~B ed., 906; RICARDO HOEM, *Die Eigenti2merhllpOthek,* 10 e.; sem razão W. HEIN, *Dulduflo der ag,vou,treckung,* 154 s., K. HELLWIG, *Anspruch und Klagretht,* 361).

Nem rebaixar a decisão a mera execução adiantada, que se dá por junta em seu pedido, como se a sentença houvesse de enunciar que "se pode prosseguir na execução forçada" (OTTO GElA *Rechtsschutzbegehrtfl nmt ÃnspruchsbeSttItiOUflQ,* 146).

Ainda quando o proprietário ou enfiteuta, citado, alega que não há crédito, ou que não mais o há, não *ezasure* a posição de sujeito passivo: o devedor, que não é proprietário, poderia alegá-lo, para excluir a execução segundo a *par* tondicio; o proprietário argúi a inexistência para provar que a hipoteca pode ser cancelada. Sempre é certa a solução dos problemas jurídicos quando o intérprete não se afasta dos principias.

Se o proprietário, que consta do registro, faleceu, têm de ser citados os herdeiros. O proprietário verdadeiro pode intervir no processo e o seu interesse é tão respeitável quanto qualquer outro, inclusive o da pessoa que consta do registro como proprietário. O juiz tem de examinar o que esse legitimado articula contra a hipoteca, ainda que não tenha obtido quaLquer julgado sobre o seu direito.

2. INSCRIÇÃO E ação EXECUTIVA HIPOTECARIA. O art. 848 do Código Civil tem redação que revela a falta de terminologia jurídica científica dos que lhe deram forma. Direito real de hipoteca somente há quando se inscreve o acordo de constituição de hipoteca, ou o negócio jurídico unilateral de hipoteca antes dela, apenas há o efeito vinculativo do acordo de constituição ou do negócio jurídico unilateral de constituição. É isso o que se deve ler. tese efeito não dá a ação executiva hipotecária. O art. 848 tem de ser entendido com a precedência lógica do art. 676, onde se diz, claramente, que os direitos reais sobre imóveis, constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois do registro. Antes da inscrição, há o acordo de constituição ou o negócio jurídico unilateral de constituição Que pode ser precedido de algum contrato ou declaração unilateral de vontade, que o haja prometido. Não há ação executiva hipotecária antes da inscrição <Supremo Tribunal Federal, 6 de setembro de 1933, *A. J.,* 31, 218; Corte Suprema, 7 de junho de 1935, 37, 213; errados, os acórdãos das Câmaras Cíveis da COrte de Apelação de Santa Catarina, a 30 de junho de 1980, .1?. *F.,* 66, 312, da 2.~ Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo. a 18 de dezembro de 1936, *R. dos T.,* 106, 569, e da 3ª Câmara Civil, a 24 de novembro de 1949, 184, 237).

O acordo de constituição e o negócio jurídico unilateral de e

constituição não geram ação executiva hipotecária, nem ação executiva pessoal. A vinculação da ação condenatória ação de preceito e ação mandamental para que se faça a inscrição. ação executiva pode resultar de negócio jurídico básico, como se foi prometida a declaração para o acordo de constituição (Código de Processo Civil, ad. 1.006 e §§ l.~ e 2.0); ou do titulo do crédito que se pretende garantir com a hipoteca *(e. g.,* conhecimento de depósito, nota promissórias duplicata mercantil aceita).

No acórdão da 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, datado de 3 de março de 1942 (E. IX, 91, 167), foi dito que, alienado o bem hipotecado sem ter sido paga a divida, é contra quem se obrigou que há de ser proposta a ação de cobrança, embora assista ao credor o direito de apreender o bem nas mãos de quem quer que seja. E acrescentou-se: para ser cumprida a obrigação, deve o credor dirigir-se a quem lhe prometeu o pagamento, e somente se não foi atendido é que pode seqüestrar o bem. A falta de técnica, de terminologia e de ciência do direito, nesse acórdão, são perturbantes. Se vence a hipoteca isto é, se já pode ser executada o titular do direito de hipoteca tem a ação executiva *real* em que há de ser citado o adquirente do bem, e pode não ser citado, sequer, o devedor. Como credor, e não como titular do direito de hipoteca, tem a ação condenatória, e pode ter ação executiva (real, *e. g.,* se a hipoteca foi em garantia de conhecimentos de depósito ou de *'warrants;* ou pessoal), se o titulo extrajudicial o legitima à execução. Não precisa propor ação contra o devedor para poder executar o adquirente do bem hipotecado.

Se houve acordo de constituição de hipoteca ou negócio jurídico unilateral de constituição de hipoteca e ainda não se deu a inscrição, a ação do outorgado, vencendo-se o prazo, ainda que antecipadamente, é a ação executiva pessoal, ou outra que o título de que emana o crédito garantido permita, e não a ação executiva hipotecária, que é real e somente nasce com a inscrição. Confundiu as duas ações a 4□8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 27 de julho de 1944 (E. *dos T.,* 152, 220>.

8. ADIANTAMENTO DE EXECUÇÃO. A ação executiva hipotecária começa pela constrição, que aí soma à eficácia do grava-me o que seria peculiar à penhora, razão por que não ressaltou. na feitura da lei, a impropriedade da expressão "penhora" (Código de Processo Civil, arts. 299-301>. Se comparamos a solução processual brasileira com as de outros países, facilmente se põe em relevo a simplicidade da que se adotou.

As exceções que o proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor em nome próprio pode opor, se só se proposição executiva real, não podem ter a extensão que teriam as que são cabíveis em ação executiva pessoal. A pretensão pessoal pode estar prescrita, e não estar prescrita a ação real. Do outro lado, a pretensão real pode já ter desaparecido, por excedido o tempo de eficácia da inscrição (Código Civil, art. 830) e ainda ser plenamente eficaz o crédito pessoal. Às vezes, ao iniciar a ação executiva real, já o titular do direito de hipoteca tem sentença trAnsita em julgado que lhe baste como titulo executivo.

Se vence a hipoteca, a ação executiva pela hipoteca dirige-se contra todos, mas, pelas circunstâncias, há de ser citado o dono do prédio hipotecado, ou o enfiteuta, se a hipoteca recaiu na enfiteuse. O devedor só é citado se é dono do prédio, ou se foi cumulada a ação executiva pessoal. A 28ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 8 de março de 1942 *(1?. dos T.,* 139, 217), baseada em erradas proposições doutrinárias, cometeu a cinca de entender que, sendo de terceiro, adquirente, o prédio gravado, a ação executiva hipotecária é contra o devedor, e não contra o que tem de atender à extração do valor que garante. O relator do acórdão baralhou a ação executiva (que *in casu* pode existir ou não) contra o devedor, ação pessoal, que apanha quaisquer bens do devedor, e a ação executiva real, que só constringe o bem gravado de hipoteca. Certo decidiu a 1.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de novembro de 1942 *(R. dos T.,* 141, 676).

4.VENCIMENTO DE HIPOTECA ANTERIOR. O art. 818 do Código Civil somente permite a execução hipotecária por posterior hipoteca se a anterior está vencida. Vence-se a posterior, porém a pretensão à execução *ainda* não pode ser exercida. O parágrafo único do art. 813 acrescenta: "Não se considera insolvente o devedor, por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por posteriores hipotecas à primeira". O que primeiro se há de perguntar é se "primeira", no ad. 813, parágrafo único, está por anterior às outras, ou, desde o inicio, a primeira.

A resposta é no sentido de se ler o ad. 813 como referente à que, *no momento,* é a primeira.

5.ÔNUS DA PROVA. O titular do direito de hipoteca tem o ônus de alegar e provar o vencimento da hipoteca (Código Civil, arts. 846, II, *verbis* "prazo e os juros estipulados", 761, II e III, e 762, 1-1V). Se trata de falta de pagamento de interesses, o executado tem de dar a

prova contrária.

O pacto que retira do titular do direito de hipoteca o ônus de provar os fatos mencionados no ad. 762, 1-1V, do Código Civil, é *nulo* (A. NUSSBAUM, *Kriegsprobleme,* 64).

6. DEFESA DO PROPRIETÁRIO (ou ENFITEUTA) OU POSSUIDOR PRÓPRIO. Na ação real, se proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio é pessoa distinta do devedor, as objeções e exceções que pode opor são diferentes das que teria o devedor, na ação pessoal, ainda executiva.

O proprietário do bem gravado pode *objetar* e pode *excetuar,* na ação executiva hipotecária. Objeção e exceção são como exceções, porque está o demandado diante do título executivo, oriundo do livro de registro.

As objeções *negam que haja* hipoteca. As exceções própria-mente ditas *encobrem a eficácia* da hipoteca.

As exceções que tem o proprietário são as que teria o devedor cuja dívida foi garantida, exceto a de prescrição de ação do credor contra o devedor e a de responsabilidade limitada do herdeiro (Código Civil, art. 1.587). Não raro, os juristas confundem com a prescrição das ações oriundas do crédito a prescrição da ação executiva hipotecária, que é *ação real.* O proprietário não pode opor exceção de prescrição da pretensão do credor; porque a pretensão que emana da hipoteca é outra pretensão, ainda quando se exercem as duas ações, a ação executiva do crédito e a ação executiva hipotecária. A pretensão hipotecária pode prescrever sem que a pretensão do crédito garantido esteja prescrita; e vice-versa.

É exemplo de exceção peremptória a exceção de enriquecimento injustificado, se a hipoteca foi constituída com o fim de adimplemento de obrigação que, depois, se verificou não existir. De exceção dilatória, a de ter-se concedido espera ao devedor.

Há, também, as exceções fundadas em relação jurídica entre o proprietário e o credor, como a de espera ou moratória concedida ao proprietário e a de fidúcia.

O titular do direito de hipoteca ou é satisfeito pela execução forçada, que vá até final, extraindo o valor do bem gravado, ou pela remição que o legitimado a remir leve a cabo.

Em primeiro lugar, sem se aludir, entenda-se, às exceções de direito processual, são alegáveis pelo demandado na ação real as objeções e exceções que se fundem em regras jurídicas sobre fundo e forma da hipoteca e sobre registro, ou em convenções pessoais entre ele e o titular do direito de hipoteca, como, por exemplo, pacto de prazo para pagamento.

fs 2.549-2.555. ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA

357

Depois, assistem-lhe as objeções e exceções que assistiriam ao devedor pessoal contra o titular do direito de hipoteca, como a exceção *non adimpleti contractus* (Código Civil, art. 1.092, 1.8 alínea), ou a de caução segundo o art. 1.092, 2.~ alínea, ou a excepção *quanti minoris,* para exigir redução no preço. Não tem a de prescrição, ainda que a dívida garantida esteja prescrita e haja o devedor alegado prescrição, nem a de beneficio de inventário se o devedor morre e os herdeiros podem invocar ou invocaram o ad. 1.796 do Código Civil (beneficio de inventário).

Contra o adquirente da hipoteca o demandado na ação real somente pode alegar o que conste do registro, quer se trate de exceções que digam respeito à pretensão real, quer digam respeito à pretensão pessoal.

No sistema jurídico brasileiro, há o art. 1.488 do Código Civil que tem repercussão notável em todo Ele: “As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”. Acrescenta o parágrafo único: “Esta exceção não abrange o caso do *ad.* 1.259”. O ad. 1.259 retira ação do mutuante contra o mutuário, que contratou quando menor, contra seus fiadores, ou abonadores (cp. ad. 155).

Passando em termos rigorosamente técnicos o ad. 1.488 e seu parágrafo único temos: “As obrigações que derivariam de negócios jurídicos se Esses não fossem nulos não podem ser garantidas por fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor e não se tratar de mútuo a menor”. Assim, em matéria de garantia real, tem o intérprete de atender ao ad. 1.488 e seu parágrafo único como regra jurídica geral concernente a garantias pessoais e reais.

A matéria de decisão, transita em julgado, a favor do devedor é alegável pelo demandado na ação real; porém não é oponível a ele a

decisão, trAnsita em julgado, contra o devedor (O. PLANCK, *Komment ar,* III, 868).

O demandado, devedor conjunto, na ação real não pode Opor a exceção que haveria um dos devedores conjuntos se só deu garantia à sua divida <*J.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 419).

O demandado na ação real pode opor a prescrição da ação real e a prescrição real ou pessoal das pretensões a juros e outras prestações reiteradas (G. PLANCK, *Kommentar,* II, 868; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 491).

As objeções de não existir, ou de já não existir, como a de ter sido solvida a dívida, é alegável pelo demandado~

A renúncia pelo titular do direito de hipoteca é objeção própria do demandado na ação real, porém a remissão da dívida pelo credor, embora concernente à relação jurídica entre credor e devedor, é alegável pelo demandado na ação real.

Resta saber-se qual a influência do art. 1.503 do Código Civil no trato da hipoteca. “O fiador”, diz o art. 1.503,

“ainda que solidário com o principal devedor (arts. 1.492 e 1.493), ficará desobrigado:I. Se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor. II. Se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências. III. Se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção”. É princípio de interpretação que o demandado na ação real de penhor ou de hipoteca pode opor as objeções e exceções que o fiador poderia opor. Por isso, no direito brasileiro, o que o fiador, invocando o art. 1.503, poderia objetar, o demandado na ação real de hipoteca também pode. (O prazo de espera e a renúncia à hipoteca, prometida, embora ainda não registrada, são exceção e objeção do demandado na ação real, más, aí, oriundas de relação jurídica pessoal entre titular do direito de hipoteca e demandado. Não passam ao sucessor particular do proprietário, enfiteuta ou possuidor próprio do prédio gravado, cf.

G. PLANCK, *Kommentar,* III, 867, mas podem ser opostas ao sucessor do titular do direito de hipoteca, cf. O.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 352.)

O demandado na ação real não tem a *exceção de prévia ação, exceção*

de ordem ou *beneficio de excussão* (Einrede der Vorausklage), que tem o fiador, com base no art. 1.491 do Código Civil, salvo se a hipoteca garante dívida de fiador, porque aí é própria do débito garantido (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 491; KARL KOEER, *J. v.*

Staudingers Kommentar, III, 776; G. PLANCK, *Kommentar,* II, 869; F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 489).

O demandado na ação real pode opor as exceções que teria o devedor se não houvesse renunciado a elas.

O demandado na ação real pode compensar a sua divida tom a do titular do direito de hipoteca ao devedor (cf.

Código Civil, art. ~ 2.~ parte). Não importa se há dois ou mais créditos do devedor contra o titular do direito de hipoteca e aquele escolhe outro, e não o que o devedor apontaria, ou apontou; nem se, tendo o titular do direito de hipoteca outros créditos contra o devedor, quer a compensação com outro, ou outros, e não com o crédito garantido pela hipoteca (G. PLANCK, *Xomment ar,* III, 869; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 491; HACHENBURG, *Vortrdge,* 550; divergem TuRNÃU-FÓRSTER, *Das Liegenschaft~srecht,* 1, 836; H.

WILLENBÚCHER, *Das Liegertschaf isrechi,* 181).

7.PRESTAÇÕES E VENCIMENTO ANTECIPADO. Se a hipoteca é em garantia de divida, por prestações, e uma das prestações não é feita, executável torna-se a hipoteca. Quer dizer: executável pelo total (cf. Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 20 de fevereiro de 1929, *R.*

dos T., 70, 426). Ainda que só se trate de juros (4.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1931, 84, 397; 4~8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 7 de novembro de 1934, 95, 339), salvo cláusula em contrário (58ª Câmara Civil, 9 de outubro de 1985, 108, 139). Contra, sem razão, a 2.8 Câmara Civil, a 29 de novembro de 1935 (104, 435); certas, as Câmaras Conjuntas, a 24 de março de 1936 (107, 276).

Vencida a prestação e não paga, as prestações posteriores vencem-se, porém não os juros correspondentes às prestações antecipadamente vencidas (Código Civil, ad. 763: “O antecipado vencimento da dívida nas hipóteses do artigo anterior não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional por decorrer”).

8.PLURALIDADE DE HIPOTECAS E EXECUÇÃO. Lê-se no Código Civil, art. 813: “Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira”. No parágrafo único: “Não se considera insolvente o devedor, por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira”. Do art. 813 resulta que o credor da anterior hipoteca ou da que tenha grau anterior, se o credor da segunda propõe a ação executiva hipotecária, pode opor embargos de terceiro (cf. 2.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 21 de junho de 1927, *R. de D.,* 86, 599).

9.EFICÁCIA DA PENHORA NA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA A penhora, nas ações executivas reais, como a ação executiva hipotecária, não tem a eficácia de não poder ser transferida a propriedade do imóvel; de modo que, se o proprietário (ou enfiteuta) aliena o domínio (ou a enfiteuse), é eficaz a alienação e o adquirente pode suceder ao alienante, na relação jurídica processual. Se houve cumulação das ações executivas, real e pessoal, o adquirente do imóvel gravado, se não é sucessor universal, está livre de vir contra ele a execução por ação pessoal.

10.ação EMANADA DO CRÉDITO E ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. Lê-se no art. 767: “Quando excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”, O ad. 767 apenas explicita que a ação executiva real é distinta da ação de condenação, ou, se é o caso, da ação executiva pessoal que se irradia do crédito. As pretensões são inconfundíveis. “Obrigado pessoalmente”, lê-se no ad. 767. Todavia, pode acontecer que a ação oriunda do crédito também seja) executiva, ou b) executiva real, se a lei lhe atribuiu tal eficácia. Basta, por exemplo, que se trate, a) respectivamente, de hipoteca em garantia de custas (Código de Processo Civil, ad. 298, 1), de contas de advogados, médicos, ou engenheiros (art. 298, V), de debêntures (ad. 298, VII), alugueres (art
.

298, IX), letras de câmbio ou notas promissórias (ad. 298, XIII), duplicatas mercantis (art. 298, XIV); ou i» em garantia de conhecimentos de depósito ou de *warrants* (ad, 298, XV) ou de letras hipotecárias (ad. 298, VII).

Adstrita a ação executiva hipotecária ao objeto, não se conferiu a ação

do titular do direito de hipoteca executividade contagiante: o restante só se cobra pessoalmente, salvo se o crédito mesmo pode ser cobrado executivamente.

§ 2.550. ação executiva em que não é autor o titular do direito de hipoteca 1.ação EXECUTIVA “INTER ALIOS”. A ação executiva por título judicial ou extrajudicial pode ser entre outra pessoa que o titular do direito de hipoteca e o dono do bem hipotecado de modo que o titular do direito de hipoteca teria de ser notificado ou opor embargos de terceiro. No ad. 971 do Código de Processo Civil estabelece:

“Os credores com hipoteca inscrita e senhorio serão notificados da arrematação que versar sobre o domínio útil de bens enfitêuticos”.

2.ação EXECUTIVA EXERCIDA PELO TITULAR DO DIREITO REAL LIMITADO SOBRE O DIREITO DE

HIPOTECA. O titular do direito de penhor sobre o direito de hipoteca e o usufrutuário do direito de hipoteca são legitimados ativos à ação executiva hipotecária, como o é o titular do direito de hipoteca. Há litisconsórcio necessário.

§ 2.551. Insolvdncla do dono do bem gravado de hipoteca

1. PRECISÕES. A hipoteca pode ser *a)* sobre bem pertencente ao devedor do crédito garantido > b) sobre bem de terceiro, dador da hipoteca, ou *o)* sobre bem de terceiro, adquirente do bem hipotecado.

2.INSOLVÉNCIA E FALÊNCIA DO DEVEDOR NÃO-DONO DO BEM GRAVADO. Se cai em insolvência ou falência o devedor que não é dono, ou não mais é dono do bem gravado, o fato é sem repercussão na hipoteca, porque nenhum dos outros credores do devedor cuja dívida está garantida por bem alheio pode executar o seu crédito sobre o bem gravado. Não há pensar-se em qualquer invocação do ad. 762, II, ou do ad. 954, 1, do Código Civil. Nem, sequer, do ad. 954, II (cf. Código de Processo Civil, ad. 928, IV).

Os credores quirografários que podem ter pretensão executiva quanto ao bem gravado são os credores quirografários do terreiro dador da hipoteca ou terceiro adquirente do bem gravado. Aqui, o não ter outros bens o dono do bem gravado em garantia de dívida alheia

permite que os *seus* credores quirografários peçam a penhora do bem gravado, conforme o art. 928, IV, do Código de Processo Civil. A insolvência do dono do bem gravado tem as conseqüências do art. 762, 11, e 954, 1, do Código Civil.

O adquirente do bem gravado está sujeito a que a hipoteca se torne executável antes de se chegar ao termo normal, se há qualquer dos fatos do art. 762, 1 e III. A insolvência ou falência do devedor não leva o bem ao concurso de credores, porque não *é* bem do insolvente ou falido. Se o titular do direito de hipoteca exerce a ação executiva real, tem o adquirente direito de reninção (Código Civil, art. 816), antes da execução ou dentro dela, nos trinta dias; ou, por ocasião da praça (Código de Processo Civil, arte. 986-991).

§ 2.552. Falência do dono do bem gravado de hipoteca

1.PRESSEGUIMENTO DAS AÇÕES, INCLUSIVE EXECUTIVAS HIPOTECÁRIAS, E PROCESSO

FALENCIAL. As ações oriundas do direito de hipoteca, incluídas as aç6es executivas hipotecárias, prosseguem, a despeito da superveniência da falência. É assim que se há de interpretar o art. 24, § 2.0, 1, do Decreto-lei n.

7.661, de 21 de junho de 1945, que abre exceção ao principio da suspensão do processo de todas as ações contra o falido a favor das "ações e execuç5eS que, antes da falência, hajam iniciado os credores por títulos não sujeitos a rateio". Passa a intencionar o síndico.

2.AÇÕES EXECUTIVAS HIPOTECÁRIAS NÁO~PROFOSTAS. Arrecadados os bens do falido, neles hão de incluir-se os bens gravados de hipoteca. O Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, estabelece no art. 119:

"Os bens gravados com hipotecas seria levados a leilão na conformidade da lei processual civil" portanto só se muda a competência judicial, que passa a ser a do juízo da falência "notificado o credor, por despacho do juiz, sem prejuízo do disposto nos arte. 821 e 822 do Código Civil".

8.DONO DO BEM GRAVADO E HIPOTECA EM GARANTIA DE DIVIDA ALHEIA. ~ A insolvência ou falência do devedor faz vencer-se a

hipoteca dada por outrem, ou se o bem foi alienado a outrem?

Quem paga as prestações da hipoteca é o devedor cuja divida foi garantida: insolvente ele, ou falido, é de prever-se que não as pague. O adquirente do bem gravado pode pedir a remição; o terceiro dador da hipoteca não o pode.

A questão tem de ser resolvida pela base: ,~ a insolvência ou falência do devedor, em se tratando de hipoteca de bem alheio, tem conseqüência de tornar executával, antecipadamente, a hipoteca? Noutros termos: t"devedor", no ad. 762, II, do Código Civil é *só* o que assumiu a divida g *arantida,* ou *também* o terceiro dador da hipoteca ou o terceiro adquirente do bem hipotecado? O terceiro dador ou adquirente pode cair em insolvência ou falência e terem os credores de executar o bem, ou, até, de o executarem por simples falta de outro, O concurso de credores abre-se. Falindo o devedor, ou se tornando insolvente, o crédito *vence-se.* Foi o crédito que a hipoteca teve por fito garantir. Há argumentos contra a solução que então se daria.

O dono do bem gravado, sendo terceiro, somente se expôs à solução às datas marcadas e não se tornou insolvente.

Pode, pois, como terceiro solver as prestações que se vençam. Se a prestação é uma só, o bem está exatamente a garanti-la no termo que se determinou.

Se o adquirente do bem gravado também assume a divida que foi objeto de garantia, há o crédito pessoal e o direito de hipoteca, como se a pessoa fosse o devedor dador da hipoteca. Se há aquisição do bem gravado, sem a assunção da dívida, a situação é semelhante à. do terceiro dador da hipoteca. *A* coincidência pode ser posterior à assunção da divida, ou à aquisição do bem hipotecado. Então, ou, ali, houve momento em que o sucessor da dívida era devedor cuja garantia fora dada por outrem, e, aqui, momento em que o bem do adquirente garantiu divida de outrem.

A insolvência ou falência do devedor cuja divida foi garantida, ou é garantida, agora, por terceiro, devido à transmissão da propriedade, não torna exequível a hipoteca, por antecipação de vencimento. Se C garantiu o crédito de E contra A, com o prazo de quinze anos, a garantia real é até quinze anos, quando terá de ser paga a divida. Se no intervalo cai em insolvência A, e não O, não há necessidade, para E, de ir contra o bem de C, pelo simples fato da insolvência ou

falência.

No direito alemão, nem a insolvência ou a falência do dono do bem, não devedor, nem a do próprio devedor, acarreta o vencimento da hipoteca: o § 65 da Lei Concursal alemã não incide a respeito de bens separados (G.

PLANa, *Kommentar,* □

4 a ed., 884; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 501), posto que E. JAEGER *(Kovnmentar zur Konkursordnung,* 1, § 65, nota 4) admita o vencimento da hipoteca se devedor e dono do bem gravado são a mesma pessoa.

O proprietário ou enfíteuta pode prestar o que o devedor teria de prestar, se já o devia, ou o que Asse já poderia prestar.

O dono ou enfíteuta não é sujeito passivo de qualquer relaçia jurídica pessoal, se a divida é de outrem. No Decreto-

-lei ri. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 23, diz-se que "ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos". No art. 24, § 2, 1, as próprias ações e execuções injetadas contra o falido, antes da falência, presseguem com o síndico, se se trata de créditos não sujeitos a rateio.

A hipoteca tem sua existênci a à parte e não pode levar o principio da acessoriedade ao extremo de se ter por vencida a hipoteca por ter vencido o crédito, se a devedor é outrem.

Essa soluçio se coaduna com a regra jurídica do art. 808, § 1.0. do Código Civil onde se estabeleceu que, se o titular do direito de anticrese executa o imóvel por não se haver pago a dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de preferência, não tem preferência sobre o preço. O credor que, por insolvência ou falência do devedor, comparece como quirografário no concurso civil ou falencial, tomou a via da execução pessoal. O que se apurar e lhe for pago será matéria para exercício do terceira dono do bem hipotecado. Falta regra jurídica similar à do art. 808, § 1.0. Não se pode dizer que, comparecendo ao juízo do concurso civil ou falencial o credor, *renuncie* à ação executiva real, que pode ainda não ter nascido.

4.ADJUNICAÇÁO. Segundo o art. 822 do Código CiviL pode o titular do direito de hipoteca no caso de insolvência ou falência do devedor

dono do bem gravado, ou do dono do bem gravado, embora terceiro requerer, para pagamento da dívida garantida, a adjudicação do imóvel, avaliado em quantia inferior à dívida, desde que dê quitação pela totalidade O art. 822 somente aludiu à insolvência ou falência do devedor, porque é *iii quod plerum que fit.* Cabe pensar-se, igualmente, na insolv8ncia do terceiro dador da hipoteca e do terceiro adquirente do bem hipotecado.

Tem-se de dar prova da insolvência ou da falência; não basta a mora no pagamento da dívida garantida, nem, sequer, a formação de relação jurídica processual, seja pessoal ou real a ação proposta. A prova da falência supõe que se haja aberto a falência, no juízo competente. A prova da insolvência é prova de estado do ativo e passivo do dono do bem gravado de hipoteca (Supremo Tribunal Federal, 24 de agosto de 1927, *1?. de D.,* 86, 113). Seria absurdo estender-se aos credores quirografários a pretensão à adjudicação de que trata o art. 822 do Código Civil (Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 13 de setembro de 1930, *R. 9.,* 55, 342, e 10 de abril de 1939, 79.294).

Alguns intérpretes e juizes, porque do Projeta de Código Civil se tiraram os artigos que regulavam a insolvência civil, entenderam que as alugues que ficaram seriam inoperantes. Ou haveria o ato judicial liminar, a respeito da insolvência civil, ou nÃo haveria insolvência civil (ep. 3□8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19

de abril de 1932, *R. dos T.,* 82, 473). Ora, a insolvência civil preexiste ao concurso; o concurso é efeito.

§ 2.553. Penhora, frutos e outras partes integrantes não essenciais

1. FRUTOS PENDENTES. A afirmação de que a hipoteca não abrange os frutos, e somente a penhora tem a conseqüência de os constringir *(e.* g., 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de abril de 1940), revela que se não entendeu o funcionamento da gravame hipotecário. O fato de o dona do prédio ou o possuidor, próprio ou impróprio, poder colhêr os frutos e, portanto, fazê-los bens móveis distintos e sem relação, sequer, de pertinencialidade, de modo nenhum significa que, antes de isso ocorrer, escapem à eficácia do direito real de hipoteca. A hipoteca igualmente grava todas as partes integrantes; e os frutos, antes de separados, são partes integrantes.

Se a parte integrante não-essencial é retirada ao bem e alienada, a hipoteca deixa de incidir sobre ela. Tudo que se liga ao bem somente

por algum tempo, sem ser pertença, é parte integrante não-essencial (Erro KLIMMER, *Zur Haftung <Les Grundstiicks Ijir »ypotkeken,* 44). A transformação da parte integrante não-essencial em pertença é possível e pode isso ocorrer com os frutos (LEO MÍILLn, *tiber die hypotheko,rische Haftung der Grundstiickserzeugnjsse,* 74; P. REINHARD, *Das Zwangsversteigerungsgesetz,* 1, 140). No direito brasileiro, o fato tem grande importância porque as pertenças somente se compreendem na hipoteca se foram penhoradas (hipoteca conjunta, Código Civil, art. 810, II).

Os atos do proprietário do bem gravado somente podem ser eficazes em relação ao titular do direito. de hipoteca se os frutos já estavam separados ao tempo da inscrição da hipoteca, ou se, estando inscrita a hipoteca, a separação se deu antes da penhora (cf. II. SALINGER, *t7ber deu Umfartg 4s der Hypothek und Grundsohuld verhafteten Objelcts,* 25 s.; todavia, o negócio jurídico entre proprietário ou possuidor e terceiro vale e éeficaz entre eles, cp. FRITZ SCHWEYER, *liXe Haftztng der Fr-dckte ejues GrundstUeks flir die Hypothek,* 30).

As partes integrantes do bem que consistem em espaço territorial continuam gravados de hipoteca ainda depois da separação. O que se separa e se presta à utilização não só espacial, os frutos apanhados ou colhidos e os materiais de demolição escapam à hipoteca se continuaram pertencentes ao dono do bem gravado ou do possuidor próprio, a esse título; só a penhora impede a alienação (P. METTIER, *Die Pfandhaftung der Friickte ejues Immobile,* 29

s.).

Executado o bem hipotecado, o saldo que se apura continua de dever juros que se imputam antes do capital (4.8

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de agosto de 1941, *1?. dos T.,* 139, 587).

2.BEM HIPOTECADO E GRAVADO DE USUFRUTO, USO OU HABITAÇIO. Se a hipoteca está gravando bem sobre o qual já recaia usufruto, a penhora, na ação executiva hipotecária, não o apanha nem os alugueres ou outras rendas, que caibam ao usufrutuário. Se a hipoteca é anterior, a penhora atinge o uso e a fruição, ou os alugueres, isto é, as pretensões a alugueres; não os alugueres cobrados, ainda que já se achem em mãos do locador sem se confundirem com o resto do seu patrimônio. A penhora é de pretensões a aluguer, ou de uso e fruição, razão por que pode ser feita com a notificação do que

há de pagar, dai por diante, o usufrutuário que pessoalmente exerce o usufruto. Se foi cedido o exercício do usufruto, a notificação é a Esse cessionário.

Tratando-se de uso ou de habitação, posterior à. hipoteca, a notificação é para que dai em diante pague o que for fixado.

Para a penhora de uso e frutos, inclusive alugueres, ou do uso, ou habitação, se o direito real limitado é posterior à hipoteca, o titulo executivo é o titulo da hipoteca. Não é preciso titulo executivo contra o titular do direito real de uso e fruição, ou só de uso, ou só de habitação.

§ 2.554. Direito de retenção e hipoteca

1. NATUREZA DO DIREITO DE RETENÇIO. O direito de retenção pode ter eficácia real, como o do possuidor próprio, ou de quem houve de possuidor próprio a posse que o terceira reclama como dono, e pode ter eficácia pessoal, entre figurantes ou *erga omites.* Aqueles que pretendem, a *priori,* que todo direito de retenção é pessoal, ou que todo direito de retenção é real, cometem grave Erro. A jurisprudência brasileira ressente-se de tais afirmações unilaterais, às vOzes em tom polêmico.

Só se pode saber se o direito de retenção, que está em causa, é de eficácia real, ou só pessoal, entre figurantes ou *erga* omites, se examina a espécie e se verifica se houve ou não composição dos pressupostos necessários à eficácia *erga omites.* (Sobre direito de retenção, Tomo V, § 583, 6, VI, §§ 628, 1, 4, 633, 4,639, 1, 3, X, § 1.161, 1.)

2. JURISPRUDÉNCIA. A 2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 8 de outubro de 1946 *(R. dos T.,* 176, 803), tentou sustentar ser real o direito de retenção, inclusive com o argumente, de todo impertinente, de ser solução a favor do que inverteu, empobrecendo-se. Admitiu, então, o direito de retenção, para. que arcasse com as despesas o titular do direito de hipoteca. A 4. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 11 de fevereiro de 1932 *(R. dos T.,* 84, 83), negou, a *priori,* qualquer direito por benfeitorias feitas antes da constituição da hipoteca. A 5,8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 1.0 de setembro de 1937 <109, 621), apenas aplicou o art. 811, por se tratar de benfeitorias feitas pelo adquirente> que cria (9 ser ingravado o prédio. A 4ª

Câmara Civil, a 8 de setembro de 1937 <110, 192), trouxe à tona os arts. 1.564 e 759, parágrafo único, como se essas regras jurídicas resolvessem a questão: ora, o que se há de discutir é se, tendo havido a acessão, é de indenizar-se quem a provocou, por necessidade ou utilidade. No mesmo sentido, a 5.ª Câmara Civil, do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de outubro de 1938 (117, 209), e a 3ª Câmara Civil, a 28 de fevereiro de 1939

(120, 580). A 1.8 Câmara Civil, a 3 de dezembro de 1945 (164, 239), argumentou com o art. 759, parágrafo único, como se o problema pudesse ser posto, sem mais, no plano do concurso de credores.

3. SOLUÇÕES EM CIÊNCIA JURÍDICA. Os direitos de retenção não recaem sobre a coisa, no sentido dos direitos reais limitados. Podem não ter eficácia *erga omites* (= contra o terceiro adquirente da coisa). Em principio, são pessoais; só permitem a uma das partes do contrato recusar a entrega do bem até que a contraprestação, que lhe é devida em virtude da mesma relação jurídica, seja satisfeita. Na exceção *nos adimpleti contractua,* o ônus da prova está com quem reclama o adimplemento, pois as obrigações de um lado e do outro constam do negócio jurídico bilateral. No direito de retenção, quem o exerce há de provar que fez as despesas de que se trata.

Quem pede o bem pode dar caução e exigir a restituição, a despeito do exercício do direito de retenção por parte do demandado.

Se a relação jurídica de locação continua (Código Civil, art. 1.197, 2.8 parte) com o adquirente, a exceção de retenção também continua. Dá-se eficácia *erga omites* à exceção como se deu à locação mesma, mas é preciso que tenha havido o consentimento do locador, de que se fala no art. 1.199 do Código Civil. Para se cobrarem ao adquirente do prédio, com quem a relação jurídica de locação não continua, despesas por benfeitorias necessárias ou úteis, é preciso que o consentimento haja sido registrado. Só assim tem eficácia *erga omites* a inversão.

Se o que tinha a posse da coisa era possuidor próprio, ou possuidor impróprio, sendo possuidor próprio outra pessoa que o adquirente do domínio, tudo se rege pelos arte. 516-519 do Código Civil. O direito de retenção, nas espécies do art. 516, 2.ª parte, é de eficácia real, como a posse mesma.

O titular do direito de hipoteca está sujeito aos direitos de retenção de eficácia real, e não aos outros, salvo, quanto a Esses, se houve registro que lhe conferiu eficácia *erga omites.*

Se a eficácia do direito de retenção, na espécie, é pessoal e só entre figurantes, não há pensar-se em opô-lo ao adquirente do prédio, nem aos titulares de direitos reais limitados.

Se a eficácia do direito de retenção, na espécie, é pessoal e *erga omites,* tem o adquirente ou o titular de direitos reais limitados de solver as despesas, a que o direito de retenção corresponde.

Se a eficácia é real, nenhuma questão surge.

As generalizações discordantes de LAFAIETE RODRICUES PRISMA *(Direito das Coisas,* II, 77) e de CLOVIS

BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 387 s.) pertencem a épocas de investigação, já superadas.

Os direitos de retenção, nascidos antes da hipoteca e com efeitos *erga omites,* são oponiveis ao titular do direito de hipoteca (2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 8 de outubro de 1946, *1?. dos T.,* 176, 803).

§ 2.555. Suspensão e interrupção da prescrição da ação executiva hipotecária 1. REGRAS JURÍDICAS COMUNS. As regras jurídicas sobre suspensão e interrupção da prescrição da ação executiva hipotecária são as do Código Civil e das leis extravagantes, que a tal ação se referiram ou que se tenham de"interpretar como atinentes, também, a ela.

2.SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA ação EXECUTIVA HIPOTECÂIIIA. Não corre a prescrição da ação executiva hipotecária se há casamento entre titular do direito real de hipoteca e dono do imóvel gravado (ou enfiteuta, na hipoteca de enfiteuse). É o que resulta do Código Civil, art. 168, 1. Também não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder (art. 168, II). Nem entre tutelados ou curatelados e seus tutOres ou curadores, durante a tutela ou curatela <art. 168, III). Nem na espécie que caiba no art. 168, IV, do Código Civil.

Contra os absolutamente incapazes não corre a prescrição <art. 169, 1) de ação executiva hipotecária. Nem contra as pessoas mencionadas no art. 169, II e III, do Código Civil.

No art. 47 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, diz-se que durante o processo da falência fica interrompido o curso da prescrição

relativa a obrigação de responsabilidade do falido. (O Decreto-lei n. 7.661, art.

47, diz que fica suspenso, mas sobre isso veja-se Tomo VI, § 675, 5.) Certamente, o Decreto-lei n. 7.661, art. 24,

§ 2.0, 1, pré-exclui da suspensão de procedimento as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado os credores por títulos não sujeitos a rateio. O prosseguimento será com o síndico. Quanto às ações executivas hipotecárias, que não foram propostas antes da abertura da falência, sendo o falido o dono (hipoteca de domínio) ou enfiteuta do bem gravado (hipoteca de enfiteuse), a decretação da falência interrompe a prescrição da ação executiva hipotecária, porque a ela têm de concorrer os titulares de hipotecas sobre bens que fazem parte da massa (Decreto-lei n. 7.661, arts. 80-101), compondo a classe 1 dos créditos (créditos com direitos reais de garantia, cf. arE 102, 1, 125). Se a hipoteca foi constituída por outrem, a execução pode prosseguir contra o terceiro ou com ele iniciar-se, e o papel que estava tendo, ou que teria o falido, é exercido pelo síndico.

No Decreto-lei n. 9.228, de 8 de maio de 1946 <liquidação extrajudicial de bancos e casas bancárias), o art. 4~0 é mais radical porque estatui: "A liquidação processada na forma deste Decreto-lei produzirá os seguintes efeitos: a) as ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao aceno dos Bancos e Casas Bancárias ficarão suspensas a partir da data da publicação do ato que determinar a liquidação e não poderão ser intentadas quaisquer outras no decorrer do processo extrajudicial de liquidação> salvo as referentes à verificação e classificação de créditos">. No art. 4~O, o), diz-se que o processo de liquidação extraj udicial interrompe a prescrição. Trata-se de liquidação que se há de ultimar dentro de um ano (Decreto

-lei n. 9.228, art. 2.0, § 2.0). Findo esse prazo, a ação executiva hipotecária pode ser iniciada.

3.INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA ação EXECUTIVA HIPOTECÁRIA. As causas de suspensão e de interrupção da ação real hão ser próprias, e não basta as da ação pessoal. A citação, na ação pessoal de cobrança do crédito garantido, não interrompe a prescrição da ação hipotecária real. Se o titular do direito de hipoteca intervém no processo executivo pessoal, ou no concurso de credores, dá-se interrupção. Idem, se embarga como terceiro. Não bastam o simples aviso, comunicação ou notificação da ação executiva real, nem a

citação em ação que não seja a executiva, real.

4. CITação. A CITação, que interrompe a prescrição (Código Civil, arE 172, 1), é a citação na ação executiva real, que > aliás, pode ser cumulada a ação executiva pessoal, se há titulo executivo consistente no título do crédito garantido, ou em sentença condenatória sobre o crédito garantido. A citação só-mente na ação executiva pessoal não interrompe. Outrossim, se com a hipoteca se garante crédito real, como se o crédito é em titulo representativo, a citação na ação executiva que compete a esse não interrompe a prescrição da ação executiva hipotecária, que é outra ação real.

Á citação na ação declaratória da hipoteca não interrompe a prescrição. ,~ Interrompe-a a sentença declaratória, porque é como se o demandado reconhecesse, uma vez que não alegou prescrição? O citado na ação declaratória pode reconhecer a hipoteca e não reconhecer a ação executiva hipotecária, por estar prescrita.

A citação em juízo incompetente tem o efeito interruptivo. O art. 166, § 1.0, do Código de Processo Civil é invocável (Decreto-lei n. 4.565, de 1 de agOsto de 1942, art. 12; Decreto-lei n. 6.790, de 15 de agOsto de 1944, art. 1.0).

5. PROTESTO O protesto do titular do direito de hipoteca > por ter alguém exercido pretensão contra outrem, a respeito do bem hipotecado, que seja incompatível com a pretensão executiva hipotecária, interrompe a prescrição da ação executiva hipotecária. Tem-se de atender ao Código Civil, art. 172, II, ainda que o juiz perante quem se fez fosse incompetente.

6.APRESENTação DO TÍTULO EXECUTIVO HIPOTECÁRIO EM JUÍZO DE INVENTÁRIO OU EM

CONCURSO DE CREDORES. A apresentação do título do crédito garantido pela hipoteca não interrompe a prescrição da ação executiva hipotecária. Só a interrompe a apresentação da hipoteca para se atender à sua executividade com exclusão dos outros credores. No direito brasileiro, não é preciso o início da execução, mas é de exigir-se que se exerça a pretensão executiva perante juiz, que deva atendê-la. Pretensão executiva, não necessariamente a ação.

7.ATO JUDICIAL QUE CONSTITUA EM MORA. O ato judicial que

constitua em mora o devedor do crédito garantido não interrompe a prescrição da ação executiva hipotecária, porque a mora teria de ser de alguém que tivesse de colaborar na execução: o dono do prédio hipotecado, ou o possuidor próprio. É o caso da interpelação do dono do prédio hipotecado, ou do possuidor próprio, se teria de pagar juros.

8.ATO DE RECONHECIMENTO DA HIPOTECA. Ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito do titular da hipoteca (Código Civil, art. 172, V), interrompe a prescrição. Esse ato há de ser do dono do prédio hipotecado, ou do enfiteuta, se trata de hipoteca de enfiteuse. O reconhecimento, por parte do devedor que não é dono do prédio, nem enfiteuta, que hipotecou ou adquiriu enfiteuse hipotecada, é sem qualquer conseqüência quanto à pretensão executiva hipotecária. A oferta de purgação da penhora, ainda se à ação é decretada nulidade, ou ineficácia *(e. g.,* absolvição da instância), é ato de reconhecimento (P. MELUCCI, *Ii Sistema ipotecario,* II, n. 384).

9.ATOS QUE NÃO INTERROMPEM A PRESCRIÇÃO. A prorrogação da hipoteca, ou por estar prestes a terminar o prazo convencional, ou por estar prestes a terminar o prazo a que se refere o Código Civil, art. 817, 1.8

parte, interrompe a prescrição porque envolve reconhecimento da hipoteca prorrogada. A reconstituição, a que se refere o art. 817, 2.8 parte, tem apenas a seu favor o efeito que ali se prevê. há outra hipoteca. Se o dono do prédio era o mesmo que constituiu a nova, mantém as defesas e exceções que tinha contra a anterior.

Advirta-se em que a prorrogação, no direito brasileiro, é por ato de ambos os figurantes.

10.CESSação DA ação EXECUTIVA HIPOTECARIA. A ação executiva hipotecária, se existe, somente cessa com a extinção do direito real de hipoteca. Sempre que a extinção supõe o cancelamento, enquanto não se cancela a inscrição há a ação executiva hipotecária. Não se tem tal ação se pereceu o bem gravado, ou se tornou *res extra comrnercium;* porém é indispensável o cancelamento em virtude de desaparecimento do crédito garantido, de renúncia, de remição, ou outra causa de extinção.

Proposta a ação executiva hipotecária *antes* do cancelamento e *depois* de ter ocorrido a causa de extinção, o demandado tem a *exceção,* de

modo que o juiz ou remete a parte demandante ao oficio do registro, para que obtenha a cancelação ou desde logo aprecia o fato extintivo que se alega, reputando-o inexistente. Com aquela solução, não afirma que não tenha ação executiva hipotecária quem tem por si o fato extintivo, sem ter providenciado para o cancelamento; por economia processual dá ensejo a que o promova o demandado, para que, prosseguindo na execução, não tenha de julgar, afinal, improcedente a ação.

Lê-se no Código Civil, art. 850: "A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo registro". Portanto, enquanto à causa de extinção não se segue o cancelamento, que na espécie se exige, não há pensar-se em extinção: há o crédito, a pretensão e a ação. A hipoteca, se a causa foi solução da divida, persiste como hipoteca de proprietário. Se, por exemplo, cai em insolvência ou em falência o devedor e há dois patrimônios dele, pode o administrador da massa ir contra o patrimônio em que se acha o bem hipotecado.

Estatui o art. 851: "A inscrição cancelar-se-á, em cada um dos casos de extinção de hipoteca, à vista da respectiva prova ou, independente desta, a requerimento de ambas as partes, se forem capazes, e conhecidas do oficial do registro". O cancelamento não pode ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, ainda que se trate de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 294). Mas a citação na ação proposta para o cancelamento é inscritivel (Decreto n. 4.857, arts. 178, a), VII, e 281).

A letra do art. 295 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, foi infeliz: "O cancelamento da inscrição não importará a extinção do direito real, que não estiver extinto, sendo, em tal caso, lícito ao credor promover novo registro, o qual só valerá desde a nova data". No parágrafo único, acrescentou:

"Outrossim, se o cancelamento se fundar na nulidade do registro e não na do título, poderá ser aquele renovado, só valendo desde a nova data". O cancelamento da inscrição, por alguma causa que não atinja o acordo da constituição ou o negócio jurídico unilateral de constituição, deixa intacta toda a eficácia a esse, ou àquele: então, é de fazer-se nova inscrição. O cancelamento do cancelamento, ou retificação do registro quanto ao cancelamento inexato, deixa persistir a inscrição.

A decisão que manda cancelar o cancelamento, retificando o registro, deixa subsistir a inscrição.

O cônjuge, que administra os bens do casal, pode dar quitação do crédito que foi garantido pela hipoteca (5□8

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de agOsto de 1931, *R. dos* 7"., 84, 157). A hipoteca pode ter sido prestada pelo devedor, ou por outrem, ou ser de outrem, no momento, o bem gravado; desaparece, com a quitação e subsequente cancelação. É preciso que se produza o ato extintivo.

O cancelamento pode ser atacado por falsidade ou invalidade da quitação. O Supremo Tribunal Federal, a 19 de maio de 1926 *(R. de D.,* 80, 587), apreciando ação de retificação do registro, por falsidade do título extintivo da divida, lamentável-mente entendeu que não tinham relevância suficiente para a retificação dois fatos que haviam de pesar para se julgar procedente a ação: não estar arquivado no cartório o documento de quitação e terem Wdo pagas prestaçôes após o cancelamento. zQue mais queria, como prova, o Supremo Tribunal Federal?

Certo o acórdão da 1.8 Turma, a 13 de abril de 1939 *(R. F.,*

80, 333). Sem documento extrajudicial ou judicial não há proceder-se a cancelamento (Código Civil, art. 851; Câmara Cível

da Corte de Apelação de Minas Gerais, 12 de fevereiro de 1936 e 19 de janeiro de 1939, *R. 1'.,* 80, 152).

Retificado o registro, por ser inédito, isto é, por não se dever ter procedido ao cancelamento, a inscrição subsiste.

Não se precisa de outra inscrição, o que afeava o Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 278, e afeia o art. 295 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. A retificação do registro é nova inscrição, porque a contém: a decisão manda cancelar e inscrever. Enquanto houve o cancelamento, os terceiros tiveram por si a fé pública do registro: quem adquire, durante Esse tempo, o bem, fiando-se do registro, adquiriu-o sem o gravame.

Com a retificação do registro, o cancelamento desaparece, e ninguém mais pode alegar que exista. Desde o momento em que o oficial do registro cumpre o mandado de cancelamento, hipoteca existe, posto que os efeitos *erga omites* apenas sejam a partir da data do cumprimento. Entre os interessados imediatos, partes na ação, a

inscrição é eficaz como se nunca tivesse sido cancelada. Tais os princípios. Essa é a razão por que, proposta a ação executiva hipotecária, no tempo em que havia o cancelamento, a retificação, pendente a lide, afasta que se possa repelir a pretensão executiva. Baralhando conceitos, chegou à mesma conclusão a 28ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de fevereiro de 1938 *(li. dos T.,* 113, 670), que ignorava os excelentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal, a 6 de setembro de 1933 *(A. 1.,* 31, 218), e da COrte Supre-iria, a 7 de junho de 1935 (37, 213).

A decisão que julga não bastar ao cancelamento a alegação de fato extintivo *(e. g.,* ser falsa a escritura de quitação, 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de setembro de 1942, *1?. dos 7'.*. 141, 123) reconhece a existência da ação erecutiva hipotecária. Bem assim, a que julga nulo o ato de cancelamento.

A prescrição da ação executiva hipotecária, uma vez consumada, determina a extinção do direito de hipoteca, por força do art. 849, VI, do Código Civil: a lei fez ser fato extintivo o que seria simples encobrimento de eficácia.

À ação executiva hipotecária não se há de assimilar a ação executiva pignoratícia, porque o art. 849, VI, é *tez speczahs.* O art. 802 não cogitou de tal causa de extinção, tanto mais quanto, de regra, a posse imediata está com o titular do direito de penhor.

CAPITULO XXII

AÇÕES EXECUTIVAS PESSOAIS SOBRE O BEM GRAVADO

§ 2.556. Distinção prévia

1.ação EXECUTIVA PESSOAL E ação EXECUTIVA REAL. As ações executivas ou são *reais* ou *pessoais.* Nas ações executivas reais, a posição do demandado é a de pessoa imediatamente interessada, passivamente, na execução: de algum modo a tem de tolerar. Nas ações executivas pessoais, a posição do demandado é a de quem sofre a execução, por *sair* do seu patrimônio o bem com que se satisfaz a pretendo oriunda do titulo executivo, extrajudicial ou judicial.

Falha noção do que caracterizava o direito real e o direito pessoal no direito romano tem quem quer que não atenda à evolução daquele sistema jurídico. No fundo, o que os distinguiu, através dos tempos e sem descontinuidade, foi a pretensão ou a ação que se irradiava de cada um: a *aetio iii personam,* que se dirigia contra determinada pessoa, para lhe exigir atividade; a *adio in rem,* contra quem quer que seja óbice ao exercício do direito. Percebe-se isso no nascedouro mesmo, quando se examinam as fórmulas das *legis' actiones:* para a ação do proprietário, "hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio , para a ação pessoal, "aio te sestertium decem milia dare oportere". No processo formular, respeetivamente: "si paret hominem quo de agitur Auli Agerli esse"; "si paret Numerium Negidium Aulo Agerisco sestertium decem milia dare oportere".

A *actio quasi Seri,iana* era *adio in rei».* Na interpolação à L. 66, pr., D., *de evictionibus et dupkme atiputatione,* 21, 2, diz-se: "haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen posses-sionem avocat et soluta pecunia venditori dissolvitur". Na interpolação à L. 16, § 3, O., *de pignoribus et hypothecis et qualiter ea ccmtrahantur fl de pactis eorum,* 20, 1, atribui-se a MARCIANO o "quid proderat in rem actio"; e na L. 8, § 3, D., *ad ezhibertdum,* 10, 4, de ULPIANO, interpolou-se a classificação como ação real: "Est autem personalis haec actio" a ação de exibição

"et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pigneraticia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt".

A *actio pigrteraticia Serviana* e a *actio hypothecaria* sempre foram ações reais. Os juristas do tempo de Justiniano haviam meditado mais sobre a natureza das ações e não perderam o ensejo de classificá-las.

O devedor deve ser citado, na ação executiva hipotecária, se foi cumulada a executiva pessoal, porque, nessa, só ele é parte.

2.ação EXECUTIVA PESSOAL DO CREDOR HIPOTECÁRIO. Quando o credor cujo crédito foi garantido somente exerce a ação condenatória ou a ação executiva própria do crédito garantido, a ação só se dirige contra o devedor, e não contra o proprietário. Se são a mesma pessoa, há apenas coincidência ocasional de legitimações passivas.

ação de execução ou é do titulo ou é ação de execução da sentença proferida na ação condenatória.

As exceções oponiveis são as que derivam da relação jurídica entre credor e devedor. Ao cessionário do crédito podem ser apresentadas

exceções que não cabem contra o titular da hipoteca, como se as que a fé pública do registro afasta.

§ t557. Credores quirografários e execução

1.ação EXECUTIVA DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS. O credor quirografário pode executar os bens do devedor, ou do dador da hipoteca, ou do adquirente da hipoteca, incluído o bem hipotecado, se há insolvência; se não há insolvência, o credor quirografário, posterior, não pode executar o bem hipotecado: tem de ir, antes, contra os outros bens, pelo principio da *par condicio,* a que se submetem os créditos pessoais. Não se vai com a penhora sobre o bem dado em garantia se o devedor tem outros bens com que possa satisfazer os créditos.

O exeqüente tem o ônus da prova da insolvência, para se declarar o efeito do ad. 762, II, do Código Civil (cf. art.

954, 1). Se « devedor nomeia à penhora o bem gravado, caracteriza-se a situação do art. 954, II, porém não ainda a do art. 762, II: de modo que pode ser cobrado, desde logo, o crédito garantido. Tem-se, contudo, de considerar, atentamente, a espécie.

2. NOMEação DE BENS À PENHORA. A nomeação de bens pelo executado, nas ações executivas reais ou pessoais que não sejam a ação executiva real da hipoteca vencida sem hipoteca anterior, tem de ser de bens livres e desembaraçados se os há (Código de Processo Civil, ad. 923, IV). Feita a nomeação, o exeqüente pode exigir, nas vinte e quatro horas que se seguirem, prorrogável a arbítrio do juiz (~ não renovável i)~ os títulos de propriedade e certidões negativas de hipoteca, usufruto, uso, habitação e anticrese (Código de Processo Civil, art.

924), se os disse livres e desembaraçados. A nomeação é impugnável; se o não foi, ou se foi repelida a impugnação, reduz-se a termo a nomeação, assinando o executado, e têm-se os bens, desde a assinatura, por penhorados (Código de Processo Civil, art. 925). Se o executado não faz a nomeação, ou a faz contra o que se estatui no ad. 928, I-V, do Código de Processo Civil, ao exeqüente é que cabe fazê-la (ad. 926).

Se a nomeação não foi impugnada, a despeito da infração do Código

de Processo Civil, art. 923, IV, e se reduz a termo, está penhorado bem gravado de hipoteca, sem se terem penhorado os que deveriam ter sido. O crédito garantido vence-se, por força do ad. 954, II, do Código Civil, e têm de ser notificados os credores hipotecários (Código de Processo Civil, ad. 971).

Esses credores hipotecários têm interesse em que primeiro se executem os bens livres e desembaraçados. Ao tempo da nomeação podem, por embargos de terceiro, impugná-la; após ser reduzida a termo, continua o cabimento dos embargos de terceiro, por parte do titular do direito de hipoteca sobre o bem penhorado (Código de Processo Civil, arte. 707-711).

8. EXECUÇÃO E INSOLVÊNCIA. Alguns julgados afirmam, em tom peremptório, que não se pode executar o bem gravado se ainda não há insolvência (1.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de dezembro de 1938, 1?.

de 3. B., 44, 290; Supremo Tribunal Federal, 8 de maio de 1939, *1?. 9.,* 81, 144; 5.‟ Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 5 de novembro de 1981, *A. 3.,* 120, 524) ; mas é preciso atender-se a que: a) a nomeação, com infração do art. 928, IV, do Código de Processo Civil, é apenas impugnável e, não impugnada, reduz-se a termo (Código de Processo Civil, art. 925) ; *b)* somente após a nomeação ou, a *fortiori,* após a penhora segundo o art. 925 do Código de Processo Civil, cabem embargos de terceiro; o) não se pode apurar se houve insolvência, ou se não houve, sem que alguém venha contra a penhora; *cl)* pode não haver outros bens, sem haver insolvência. A execução, sem os embargos de terceiros, prossegue até que se notifiquem da arrematação os credores hipotecários (Código de Processo Civil, art. 971).

Nos embargos de terceiro, que ao titular do direito de hipoteca oponham, podem o exeqüente e o executado alegar, além das defesas comuns contra a alegação de direito de hipoteca, que *há outros bens,* ou que há estado de *insolvência do devedor,* ou, se é o caso, do *dador da hipoteca* ou do *adquirente do bem gravado* e o *já estar vencida a hipoteca* (2.‟ Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 21 de junho de 1927, *R. de D.,* 86, 599; Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 8 de junho de 1932, *R. 9.,* 59, 116; 3ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 15 de março de 1935, e 5.‟ Câmara Civil, 14 de agosto de 1985, *R. dos T.,* 98, 118. e 103, 115, onde aliás, em vez de se citarem as regras jurídicas do direito brasileiro anterior, a que o art. 923, IV, do Código de Processo

Civil corresponde, impertinentemente se diz que do art. 813 do Código Civil se pode tirar, por analogia, o principio de ser preciso haver insolvência ou estar vencida a hipoteca, para ser penhorado, por credor quirografário, o bem gravado; também certas na conclusão, e erradas no fundamento, a 4ª

Câmara Civil, a 26 de setembro de 1945, *R. dos T.,* 159, 653, e Câmaras Cíveis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 18 de abril de 1931, *A. 3.,* 19, 56, e *R.* 9., 56, 518).

Pode dar-se que o titular do direito de hipoteca não embargue de terceiro. Não pode ser decretada a nulidade da penhora, por infração do Código de Processo Civil, art. 923, IV, porque a espécie a despeito das palavras "nao valerá" empregadas sem respeito à terminologia e à técnica, no art. 923, pr. não é de nulidade. Por ocasião da arrematação, ou ato que se lhe equipare, tem de ser notificado o titular do direito de hipoteca, se por alguma outra razão já não era parte (cf. Código de Processo Civil, art. 971).

Ainda que não esteja vencida a hipoteca, podem os credores quirografários penhorar o bem gravado, se *há insolvência,* ou *se iuzo há outros bens.* Pode somente haver um bem e bastar para o pagamento de todos os credores. Então, não há insolvência e o art. 923, IV, do Código de Processo Civil foi atendido. Pode haver muitos bens livres e desembaraçados, e haver insolvência, o que faz vencer-se a divida garantida pela hipoteca e executável a hipoteca (Código Civil, art. 954, 1; Código de Processo Civil, art. 762, II).

Alguns juristas e juizes sustentam que, ainda insolvente o devedor, não podem os credores quirografários executar os bens hipotecados, antes de vencida a hipoteca *(e. g.,* 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de novembro de 1930, 1?. *dos T.,* 76, 113). Não está nas leis brasileiras. Para que o credor quirografário possa penhorar o bem gravado de

hipoteca basta que haja insolvência (caso em que a própria hipoteca se vence, antecipadamente) ou o bem seja o único, ou tenha de ser penhorado, por falta de outro ou outros que bastem (Código de Processo Civil, art. 923, IV, caso em que o crédito garantido se vence, segundo o art. 954, II).

A leviandade com que, logo após a saída do Código Civil e ainda alguns anos passados, se afirmou não existir no direito brasileiro o instituto da *insolvência civil,* foi, afinal, evidenciada. O art. 1.554 do Código Civil é explícito:

“Procede-se ao concurso de credores, toda vez quê as dividas excedam à importância dos bens do devedor”. O art.

954, 1, e 762, II, são expressivos.

Porém não só a insolvência permite a penhora do bem gravado pelos credores quirografários: basta que não haja outros bens em que se proceda à execução (Código de Processo Civil, art. 928, IV). Seria absurdo que todo o valor do bem ficasse subordinado ao vencimento da hipoteca que pode ser *sobre* o mesmo bem, porém por fração do valor. Foi para se ajustar o direito material ao formal e vice-versa que se redigiram os arts. 954, II, do Código Civil, e 923, IV, do Código de Processo Civil, *que nada têm com a insolvência.*

A 4ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, a 7 de junho de 1986 *(R. dos* 2"., 104, 454), insinuou que somente após se verificar a insuficiência do bem ou dos bens hipotecados é que pode o titular do direito de hipoteca “executar o devedor pelas formas das execuções em geral”. O ser titular da hipoteca não tira ao credor a sua ação como credor (ação condenatória, com sentença que se possa executar, ou ação executiva pelo titulo executivo extrai judicial, se é o caso). Se tem a ação executiva pelo crédito garantido pela hipoteca e a ação executiva hipotecária, *que é real,* pode propor aquela, e não essa, ou essa, e não aquela, ou ambas, cumulativamente. Se houve cumulação, primeiro se ultima a execução do bem hipotecado ou dos bens hipotecados, porém nada impede que

sendo insuficiente o bem gravado ou sendo insuficientes os bens gravados desde logo penhore outros, além do que é objeto da hipoteca.

CAPITULO XXIII

AÇÕES CONTRA O TITULAR DE HIPOTECA DO DIREITO

§ 2.558. Ações de nulidade, anulação e de revogação

1.INEFICACIAS NULAS, INEFICAZES, ANULÁVEIS E REVOGÁVEIS. O ato de constituição de hipoteca pode ser nulo, a ação é constitutiva negativa, e teremos de ver se basta a alegação simples, quando haja interesse de quem alega (art. 146, parágrafo único). Pode ser relativamente ineficaz, a ação, declaratória, não precisa ser proposta,

porque é alegável em defesa, inclusive em embargos de terceiro, a ineficácia. Tal é o caso das hipotecas a que se refere o art. 828. Quanto às hipotecas anuláveis, ou revogáveis, está claro que o art. 847 incide. Diz ele:

"Os credores quirografários e os por hipoteca não inscrita em primeiro lugar e sem concorrência, só por via de ação ordinária de nulidade ou rescisão poderão invalidar os efeitos da primeira hipoteca, a que compete a prioridade pelo respectivo registro". Ficam-nos, portanto, dois problemas: o da hipoteca nula e o da incidência do art. 1.024 do Código de Processo Civil (Código Civil, art. 1.555).

2.ação DE NULIDADE. O art. 147, parágrafo único, do Código Civil, dá ao juiz, se há nulidade, o decidir de oficio, independentemente de ação; o art. 847 fala de "nulidade", para exigir a ação ordinária. Há, portanto, exceção ao art. 146, parágrafo único, como já fora exceção o art. 222. Há julgados que lêem o art. 847 como se só se referisse à anulabilidade e à revogabilidade, e não à nulidade: o art. 847 não seria exceção ao art. 146, parágrafo único *(e. g.,* 5.ª e 6.ª Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 11 de junho de 1934, *A. 3.,* 35, 131, 7?. *dos* 2ª., 98, 254; Câmaras Cíveis da Corte de Apelação de Minas Gerais, 17 de fevereiro de 1937, *R. 1'.,* 70, 572, e 9 de março de 1939, 77, 521; 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 13 de maio de 1940, *1?.* 1ª., 84, 131; Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de março de 1931, .7?. *dos* 2ª., 78, 70; 2.ª Câmara, 13 de março de 1936, 102, 165; 4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 22 de setembro de 1937, *A. 3.,* 44, 401, e *R. dos T.,* 112, 526, e 4 de junho de 1942, 139, 170). Não é isso o que se há de entender do art. 847, que se refere a hipotecas inscritas (as outras não têm eficácia de direito real, art. 848, e o art. 847 não cogitou das hipotecas apenas *celebradas,* como o art. 823, nem, antes da inscrição, o credor hipotecário poderia opâ-las aos outros credores). A hipoteca inscrita exige, para o cancelamento, a sentença do juiz, em ação ordinária, ou na disputa conforme o art. 1.555.

3.DISPUTA ENTRE CREDORES. A disputa entre credores, no concurso *(aliter,* na falência, Decreto-lei n.

7.661, de 21 de junho de 1945, arte. 58 e 99, cp. art. 57), foi prevista no art. 1.555: "A discussão entre os credores pode versar, quer sobre a preferência entre eles disputada, quer a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dividas e contratos". O Códíigo de Processo Civil, art. 1.024, repetiu-o quase *ipsis verbis.* De jeito que o art. 847

do Código Civil sofre a limitação do art. 1.555 (Supremo Tribunal Federal, 3 de junho de 1925, *R. de D.,* 80, 343; 14 de novembro de 1935, *A. 3.,* 42, 38; 19 de janeiro de 1944, *R. F.,* 101, 511; Câmaras Civeis do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 8 de fevereiro de 1930, 54, 306; Câmaras Civeis do Tribunal Superior de Justiça do Espírito Santo, 4 de setembro de 1933, *A.* 3., 81, 247; Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 25 de abril de 1930.

A. 3., 15, 215, e 7?. 1"., 55, 306; 1." Câmara do Tribunal de Justiça de são Paulo, 6 de abril de 1931, *R. dos T.,* 79, 25; 5." Câmara, 16 de novembro de 1932, 85, 290, e 25 de janeiro de 1933, 85, 556; Câmaras Conjuntas da Corte de Apelação de São Paulo, 24 de março de 1936, *R.* F., 67, 328; 23 Câmara, 30 de maio de 1938, *R. dos T.,* 114, 186; 6." Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de maio de 1947, 168, 675; sem razão os que, a respeito da limitação do art. 1.555 ao art. 847, somente pensam nas hipotecas nulas, *e.* o., Tribunal Superior de Justiça do Espírito Santo, 23 de dezembro de 1927, *A.* 3., VI, 227, e 4ª Câmara da COrte de Apelação de São Paulo, 28 de abril de 1937, li. *dos T.,* 110, 158).

4. ALEGação EM DEFESA. O art. 57 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, estatuiu que "a ineficácia do ato pode também ser oposta como defesa em ação ou execução, perdendo a massa o direito de propor a ação de que trata o artigo anterior". Referiu-se, pois, à ação revocatória dos arte. 53-56, dita "ação de que trata o artigo anterior", não àdo art. 52, que concerne à ineficácia *ipso iure,* relativa, e, pois, a sua declaração independe da ação ordinária do art 847. como dela independe a declaração da ineficácia *ipso jure,* relativa, dos arts. 110 e 823 do Código Civil. Os problemas são apenas:

a)o de se saber se a regra jurídica do art. 57 existe, também, embora não expressa, no direito civil; *b)* se a nulidade e a anulabilidade da hipoteca pode ser alegada em defesa, *depois de aberto o concurso,* fora dele *(e. g.,* nas ações de condenação, constitutivas, mandamentais, ou executivas>.

Quanto a *a),* a abertura do concurso de credores cria a exceção do art. 1.555 (Código de Processo Civil, art.

1.024) ao art. 847; a tutela que se dá a quem tem as pretensões constitutivas negativas do art. 1.555 há de ser reconhecida aos que se defendem, depois de aberto o concurso, *fora dele.*

Quanto a *b),* o credor, aberto o concurso, ou se defende, com as

alegações de nulidade, ou anulabilidade, na ação executiva do art. 298, VI, *contestando,* ou na disputa segundo o art. 1.024 do Código de Processo Civil (Código Civil, art. 1.555), como autor, ou, se acaso o credor hipotecário preferiu a ação de condenação, para, depois, executar a sentença, em embargos do executado O não de terceiro!), se não foi litisconsorte na ação de condenação. Dai ter-se de pôr de lado o acórdão da

2.8 Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 25 de maio de 1920 *(R. de D.,* 65, 539). Quanto aos embargos de terceiro, antes da abertura do concurso, seriam remédio contrário ao art. 847, porque não são ação ordinária (Código de Processo Civil, arts. 707-711; 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 10 de fevereiro de 1941, *R. dos T.,* 137, 302); depois da abertura do concurso, não é mais terceiro o credor. Passa-se o mesmo quanto ao síndico e ao credor falencial. O art. 57 do Decreto-lei n. 7.661 é exceção ao art. 847, como o são os arte. 53 e 99 do mesmo decreto-lei e o art. 1.555 ao Código Civil.

5.FRAUDE A EXECUÇÃO As espécies de que tratamos são inconfundíveis com a de hipoteca em fraude de execução. Essas são *relativamente ineficazes,* como as de que tratam os arte. 110 e 823 do Código Civil e art. 52

do Decreto-lei n. 7.661. O pedido de aplicação do art. 895 do Código de Processo Civil é de declaração, e não de desconstituição. Não se trata de ação de anulação, ou de revogação, ou de nulidade; trata-se de declaratória de ineficácia relativa. O art. 847 não se referiu às declarações de eficácia, quer absolutas, quer relativas; só se referiu às nulidades, anulabilidades, ditas, por ele, "rescisão". A fraude & execução é alegável pelo exeqüente fraudado, sem depender da ação ordinária a que se refere o art. 847 (Corte de Apelação do Piauí, 16 de janeiro de 1936, *A.*

.1., 87, 428; Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Espírito Santo, 18 de fevereiro de 1988, *R. dos T.,* 115> 756; Seção Civil do Tribunal de Apelação de são Paulo, 1.0 de setembro de 1944, *R. F:,* 102, 94), inclusive em embargos de terceiro nas outras execuções.

A 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de maio de 1983 *(1?. dos T.,* 87, 304), admitiu, absurdamente, que se decretasse a anulação por fraude contra credores, sem rito ordinário, da hipoteca, com evidente infração do art. 847, fora do concurso ou

da falência, e fora do art. 57 do Decreto-lei n. 7.661, por ser patente a fraude. Julgado, esse, evidentemente contra lei. Talvez haja confundido fraude à execução com fraude contra credores.

§ 2.559. Direito do credor com hipoteca

1.VALOR DO IMÓVEL. O direito do credor hipotecário é sobre o valor do imóvel, só lhe passando à frente, na preferência para a solução da divida, a que provém de trabalhador agrícola, no que concerne ao produto da colheita para a qual haja concorrido (Código Civil, arts. 759, parágrafo único, e 1.563).

Do preço do imóvel hipotecado deduzem-se as custas judiciais da execução hipotecária, entenda-se, não as de outras execuções e as despesas de conservação com ele feitas por terceiro, mediante consenso do devedor e do titular do direito real de hipoteca (art. 1.564). Ainda que a execução seja iniciada por terceiro, que tenha titulo extra judicial executivo ou sentença executável, a quantia obtida em hasta pública, ou conforme se prevê na lei processual, não pode ser atribuída a outrem, antes de se solver, com o importe, a divida garantida por hipoteca.

Em razão disso, não pode o juiz, em tais execuções, dispensar o depósito do preço da arrematação, pois tal depósito só é de dispensar-se se não há protesto por preferência, ou rateio. O principio resulta dos princípios mesmos que regem a preferência do titular dos direitos reais e de outros direitos de preferência ou a rat eio; por isso mesmo, constava do direito luso-brasileiro e dos Códigos de Processo Civil anteriores e consta do atual a regra jurídica explícita (Código de Processo Civil, art. 977, § 1.0).

2.DIREITO REAL E EXECUÇÃO. Se há arrematação ou adjudicação ao credor exeqüente, sem se respeitar o direito real, tudo é nulo. Se o exeqüente arrematou e não depositou o preço, a própria carta de arrematação, que sobrevenha, é nula (MANUEL GONÇALvES DA SILVA, *Coinmentaria ad Ordinationes Regni Portugauiae,* III, 33 ed., 387: “Et ideo subhastatio fieri non debet sine interventu pecuniae, invitis aliis creditoribus pro deposito protestantibus, cum accidere possit, ut in iudicio concursus iudicetur solutio illi, qui tardius venit, ante tamen addictionem pignoris”). Desde que há direito real, tem-se de respeitar a preferência, e em conseqüência não pode o exeqüente pretender que se lhe dispense o depósito, ainda que tardos hajam sido os titulares do direito real, especialmente o titular do direito de hipoteca: não pode

compensar, e muito menos reter o preço (“compensationem et retentionem precil facere non potest in praeiudicium priorum creditorum ius potentius ad illud exigendum habentium“». Ainda que já se houvesse tirado carta de arrematação e com ela se houvessem transferido domínio e posse, sem Esse pagamento seria nula a arrematação (J. J. C. PEREIRA E SousA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* III, nova ed., 64, nota 855).

Tendo havido recebimento de embargos de terceiro, não se procede à praça. Se houve artigos de preferência, o que estabelece concurso de credores, ou não se procede à praça, ou, se a ela se procede, não se pode dispensar o depósito pelo exeqüente arrematante.

Se houve carta de arrematação ou sentença de adjudicação, o gravame continua, pela nulidade da carta de arrematação ou da sentença de adjudicação, e, não produzindo efeito o nulo, posse e domínio não se transferem.

(b) Se o juiz suspendeu a feitura da carta de arrematação, ou deixou de sentenciar a adjudicação, não há pensar-se em qualquer transferência do domínio, nem de posse própria.

Durante o tempo do depósito judicial, no juízo executório, há a posse própria do dono do bem <posse mediata de grau superior), a posse mediata do juízo e a posse imediata do depositário (X, § 1.092, 4; E. PEZIBILLA, *Erwerb und Verlust des mitteibaren Resitzes,* 64). Enquanto o Estado por seu órgão, que é o juiz não retira a posse do depositário judicial e não a entrega, com o domínio, ao arrematante, não há pensar-se em posse imediata de terceiro, salvo por ato criminoso (Código Penal, arts. 161 e §§ ~ 335, 344 e 358).

Durante o tempo em que o bem se acha em depósito judicial e nenhum ato judicial transferiu a propriedade, não há posse *ad usucapionem* a favor de terceiro, salvo se tinha, no início do processo, ou por ato judicial posterior, a posse própria <posse de dono, aí mediata).

§4 2.558-2.560. AÇÕES CONTRA O TITULAR DO DIREITO

AÇÕES DE CANCELAMENTO

.)Código Civil. art. 849. IV (afta. 815 e 985. III)

Dedaniti

Conutitut Condenara.Mandame

Execati

-vidade

i-uldade

nra-riedadeLidade

uidade

b) Código Civil, ad. 849. 1 e VI.

Dedarati Conniuni Condenara-

Execat,

-vidade

-vidade

Mandamenta-ried

vidade

ode1lídade

*****

~

§ 2.560. Inexatidão do registro

1.PRINCÍPIOS GERAIS. O que se disse a respeito de inexatidão do registro, em matéria de transcrição de aquisição de domínio e de inscrições de direitos de enfiteuse, usufruto, uso e habitação, tem aqui inteira pertinência. À pessoa prejudicada com a inexatidão nasce a p *retensão à retificação* (Tomos XI, § 1.178, 2, 1.249-1.251, XIV, § 1.568, 2; XVIII, § 2.248).

2.REGISTRO DA REPÚBLICA. O registro das citações nas ações de que

trata o art. 178, a), VII, ou a entrada do pedido de retificação elide, cautelarmente, a fé pública, até que se decida, definitivamente. Ou Parte XI.

Penhor

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO PENHOR

§ 2.561. Conceito de penhor

1.NEGÓCIO JURÍDICO E DIREITO. Ora se chama penhor *a)* o negócio jurídico de penhor, ora b) o direito real que desse negócio jurídico se irradia, ora *c)* a própria coisa empenhada. A empenha a E, ou acorda com B em que B tome em penhor a coisa que pertence a A; ou tal coisa é penhor de A a B. Na L. 9, § 2, D., *de gneraticia actione vel contra,* 13, 7, ULPIANO empregou o último sentido: "Propriamente chamamos penhor o que passa ao credor, e hipoteca, o que não passa, nem, sequer, a posse, ao credor". (Proprie pignus dicimus, quod ad creditaitn transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem). Na L. 1, § 4, D., *de pactis,* 2, 14, o mesmo jurista escreve "pignus" no sentido de negócio jurídico. Direito de penhor, *jus pignoris,* é direito real, ou não existe penhor. Todavia, há negócios jurídicos ineficazes, que existem, valem e, embora não sejam, agora, eficazes, podem vir a tornar-se, o que se mitideou a respeito dos arts. 756 e parágrafo único (§ 2.420) e adiante se insistirá no assunto.

O penhor é direito real de realização do valor: o credor pignoratício tem direito a realizar o valor, extrai-lo, para que se lhe pague a dívida. É inconfundível com o direito de retenção, que tem o credor por despesas ou benfeitorias. Para a estruturação do direito é elemento necessário a posse da coisa, ainda que não seja, excepcionalmente, a posse imediata. Não se pode, tão pouco, pensar empenho? em que se não possa excutir a coisa, nem constituir-se penhor sobre coisas que não possam ser alienadas.

2.DIREITO NO LIMITADO. O direito de penhor é direito real de realização do valor de bem móvel, que serve, assim, de garantia. Não se confunde com o direito de retenção, que é *Lua exceptionia.*

a) Sup6e posse. Ainda que as leis permitam a constituição do penhor sem a posse imediata da coisa (sem a

"tradição efetiva", arte. 768 e 769), há posse por parte do credor pignoratício, pois, quando o art. 769 facultou o constituto possessório, em verdade se pôs a líbito dos figurantes, nas espécies apontadas em *legea a~pecioJea,* a posse imediata pelo credor, ou a posse mediata por sobre a posse imediata pelo próprio outorgante (Tomo X, §

1.091, 1, cp. § 1.098, 2, *in fina).*

Não há direito de penhor sem posse pelo credor pignoratício. Ou a posse é imediata, ou é mediata, entre a posse mediata própria do devedor e a posse imediata do devedor, ou, até, entre a posse mediata própria do devedor e a posse imediata de outrem (E recebe em penhor a coisa de A que está alugada a C; A cede a E a pretensão á entrega da coisa que está como-dada a C).

Falam os juristas de penhor sem posse. O exemplo dos arte. 776-780 não servem. Vimos, no Tomo X, § 1.092, 4, que o penhor legal supõe posse: o credor apossa-se das coisas. A espécie do art. 789 não é de penhor sem posse, ainda quando os títulos não hajam sido entregues~ a transcrição a que se refere o art. 789 (Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, arts. 134, *a),* III, e 158) basta ao conceito de posse, em sistema jurídico que abstraiu do *animus* e do *corpus.* Os navios são objeto de hipoteca, e não de penhor (Código Civil, art. 810, VII, e 825; cf.

Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922). Quanto aos cabos marítimos, tem-se de construir o penhor à semelhança do penhor agrícola ou pecuário (art. 769, 2.a parte), como aconteceu com o penhor de máquinas e aparelhos utilizados nas indústrias e com os bens que servem à indústria de suínos, à de pescado, à de sal, à de carnes e derivados, e com os bens que servem aos estabelecimentos de ensino. O devedor outorgante, devedor ao outorgado, fica com a posse imediata, e o credor outorgado, com a posse mediata intercalar entre a posse mediata própria daquele, que também tem a posse imediata.

§ 2.561. CONCEITO DE PENHOR

3.POSSE E PENHOR. O credor pignoratício tem de adquirir posse, quer por tradição simples, quer *brevi menu,* quer *longa menu,* ou pela cessão da pretensão à entrega contra o possuidor imediato, que está sujeito, em virtude da origem da sua posse, a reconhecer a posse

mediata do empenhante, ou, nas espécies em que a lei o permite, pelo constituto possessório. Se o empenhante não é dono da coisa, mas a empenha com o assentimento do dono, ou, possuidor imediato, com o assentimento do possuidor mediato próprio, ou do possuidor mediato e do proprietário, não há dificuldade na construção. Se o empenhante o faz sem o assentimento ou 08 assentimentos exigíveis, é preciso que se trate de posse não vindicável (art. 521) contra o terceiro, para que se tenha por satisfeito o requisito da transmissão da posse. Resta saber-se se é de se exigir a boa fé ao credor pignoraticio.

Concretamente, ~em casos como o do depositário que empenha a coisa depositada, é preciso, para que se constitua o penhor, que esteja de boa fé o credor pignoratícia?

Se a posse da coisa é vindicável, pode ser pedida a vindicação pelo que perdeu a coisa ou sofreu furto (art. 521), ainda se de boa fé a pessoa a quem foi empenhada. Se houve esbulho por parte da pessoa que era possuidor imediato, ou servidor da posse (o que se caracteriza com o simples empenhar sem assentimento do dono), o credor pignoratício só seria incólume à ação de reintegração, se não sabia do esbulho (art. 504); portanto, a relação jurídica dependeria boa fé do terceiro. Mas a lei que rege a propriedade pode intervir. Esse é o ponto mais importante da teoria.

4.EMPENHABILIDADE E PENHORABILIDADE. Quase sempre o que é empenhável é penhorável; e vice-versa. Todavia, há coisas e direitos que, por serem intransferíveis, são inempenháveis, sem serem impenhoráveis.

Não se podem empenhar, mas podem ser penhoradas. O crédito ou direito cuja cessão, em virtude de cláusula ou pacto com o devedor, foi pré excluída (arts. 1.065, *in fine,* e 1.078), não pode ser empenhado (o registre dá a essa cláusula ou pacto eficácia *erga omnes),* mas pode ser penhorado, ou arrestado, ou subordinado a outra medida constritiva. Os bens gravados de inalienabilidade não são empenháveis, ou hipotecáveis; mas podem ser penhorados, salvo se a cláusula implica a de impenhorabilidade, o que aliás não pré-exclui a penhorabilidade pelas dividas fiscais. Há coisas e direitos que são empenháveis sem serem penhoráveis. O direito de autor, antes de ser publicada a obra, literária, artística, ou musical, não pode ser penhorada, mas pode ser empenhada.

5. INTERESSADOS NO PENHOR. Duas figuras são necessárias no

penhor: o devedor e o credor, cujo crédito se garante; de regra há duas, que se podem cumular no devedor, sem que se altere a estrutura da relação jurídica: o empenhante e o proprietário do objeto. Em verdade, o penhor é entre credor pignoratício e empenhante.

Empenhante pode ser: a) o devedor, dono do objeto empenhado; b) outra pessoa que seja o proprietário; *o)* o devedor, sem ser proprietário, com o assentimento do proprietário, ou por ser possuidor, se não vindicável a posse (art. 521), nem restituível contra terceiro (art. 504), nem reivindicável o bem; *d)* outra pessoa, que não seja o proprietário, com o assentimento desse, ou por ser possuidor, se não vindicável a posse (art. 521), nem restituível contra terceiro (art. 504), nem reivindicável o bem. Nas espécies e) e *d),* o credor, a favor de quem se empenha a coisa, precisa estar de boa fé, se o possuidor imediato, empenhando, esbulha, para que a relação jurídica se perfaça. A reivindicação, se é possível, tem a eficácia normal.

Não se exige ao empenhante ser proprietário. Exige-se ter posse que possa transmitir e poder *dispor* do bem.

A espécie mais simples é aquela em que há o credor pignoratício e o empenhante, que coincide ser o devedor proprietário da coisa.

Se há as quatro figuras <credor pignoratício, devedor, empenhante, proprietário), o credor pignoratício é credor, ainda sem o penhor, do devedor, e o devedor deve como se não houvesse penhor, o empenhante está vinculado por direito das coisas ao credor pignoratício, que só é credor de outrem, e ao proprietário tocam deveres e direitos ante o credor pignoratício. Ao ter-se de alienar o penhor, por execução judicial, ou por venda amigável, há de ser notificado o proprietário, se o nome dOIs consta do documento do penhor, ou se se fez ciente disso o juiz ou o credor pignoratício.

§ 2.562. Eficácia do penhor

1.EFICÁCIA DA RELAÇIO JURÍDICA DO PENHOR. Da relação jurídica do penhor, que é direito real, irradiam-se *pretensões* e *obrigações,* entre o credor pignoratício e o que deu em penhor, o empenhante, que nem sempre é o próprio devedor (art. 768, *verbis* “o devedor, ou alguém por Ele”). Dissemos “da relação jurídica de penhor”, para frisarmos que não há relação jurídica oriunda de contrato real que seja paralela à relação de direito real, oriunda da constituição de penhor (acordo de constituição + posse). No direito romano, havia contrato real de penhor (L. 1, § 6, D., *de obligationibua et actionibus, 44,* 7). Não há,

porém, pelo menos hoje, o contractus *pignoraticius* de que se falava no direito comum. Há o acordo para a constituição, que é de direito das coisas, e perfaz, com a entrega da posse, relação de penhor (direito real) ; as pretensões e obrigações que se irradiam provêm da relação jurídica real de penhor.

2.PACTO ANTICRITICO. O sistema jurídico brasileiro não tem o direito real de anticrese sobre móveis; só o tem quanto a imóveis (art. 805, *verbis* "entregando ao credor um imóvel"). O pacto anticrético, que se adjecte, tem eficácia, como cláusula de compensação, que atenua a regra jurídica do art. 774: "O credor pignoratício é obrigado, como depositário:

II. A entregá-lo com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida, observadas as disposições dos artigos antecedentes". Se há pacto anticrético, o credor faz seus os frutos com a separação. Tratando-se de frutos civis, adquiriu o credor pignoratício as pretensões que provenham das relações jurídicas existentes ao tempo da constituição do penhor, ou da data do pacto, se foi posterior, e enquanto a relação jurídica de penhor existir, inclusive as que resultam de vencimento antecipado se foi o empenhante quem recebeu, por antecipação, o que corresponderia ao tempo da relação jurídica de anticrese obrigacional.

O pacto pode referir-se a parte dos frutos ou a certas espécies de frutos. De regra, permite o arrendamento.

No direito brasileiro, o pacto não faz conteúdo do penhor o direito aos frutos, mas direito anexo ao de penhor.

Todavia, só se extingue com a extinção do penhor, salvo termo que se estipulou, ou condição resolutiva. Não tem o credor pignoratício de suportar os encargos da coisa, nem de conservar a coisa em estado que corresponda ao seu destino econômico: não é usufrutuário. Tem dever de colher os frutos e prestar contas. O fruto é imputável aos gastos <e juros, se os há) e à prestação devida. O pacto é, portanto, penhor de amortização (O. VON

GIERKE, *Deutsohes Prívatrecht,* II, 983), posto que se possa pactuar que os frutos são percebidos somente contra juros. Se tal acontece, pode-se proceder à avaliação deles para se saber se houve infração da lei de usura.

O pacto tem de ser escrito. Na dúvida sobre se pactuou percepção dos

frutos ou não, não há regra jurídica interpretativa que considere pactuada a percepção dos frutos *(aLiter,* o direito alemão, § 1.213, alínea 2.8).

CAPÍTULO II

OBJETO DO PENHOR

§ 2.563. Bens corpóreos

1.PENHOR TÍPICO. Em geral, todos os bens móveis podem ser objeto de penhor. O direito de penhor tanto pode recair sobre bens fungíveis ou consumíveis como sobre bens infungíveis ou inconsumíveis. Pode convencionalmente estabelecer-se sobre certos bens impenhoráveis, inseqüestraveis e inarrestáveis, porque o rol dos bens impenhoráveis não coincide, em toda a extensão, com o rol dos bens inempenháveis. Vale e é eficaz a constituição de penhor sobre provisão de comida, ou de combustível, ainda que necessária ao empenhante e à sua família durante o mês, posto que não possa ser penhorada, nem embargada (arrestada), nem seqüestrada (cf.

Código de Processo Civil, art. 942, II). Vale e é eficaz a constituição de penhor sobre anel nupcial e retrato de família, não obstante serem impenhoráveis (Código de Processo Civil, art. 942, III). Os bens de que trata o Código de Processo Civil, art. 942, IV e V, são impenhoráveis, porém não inempenháveis. São impenhoráveis e inempenháveis os bens de que cogita o art. 942, VI. Os de que fala o art. 942, VII e VIII, só são inempenháveis se há Uro *speciaUs.* Não assim os que são referidos no art. 942, IX, XI, XIV e XV. Os móveis, o material fixo e rodante das estradas de ferro, e os maquinismos e animais dos estabelecimentos de indústria extrativa, fabril, agrícola e outras (art. 942, XIII), indispensáveis ao seu funcionamento, somente não são empenháveis se não foram separados a ponto de se tornarem bens à parte, ou, sendo pertenças (art. 942, XIII, *in une),* se não se lhes tirou a relação de pertínencialidade.

2. IMOBILIZação TEMPORÁRIA. A imobilização temporária não obsta a que se prometa o penhor, ou que se empenhe o que está imobilizado por algum tempo, se cabe, na espécie, o constituinte possessório, ou se o outorgado é o dono ou o possuidor do bem imóvel, em que se dá a imobilização. O mesmo raciocínio pode fazer-se quanto às aderências

e ligações temporárias a bens móveis suscetíveis de hipoteca (navio,‟ e aeronaves).

Quanto A imobilização temporária, nem todos pensam que haja brecha para se pensar em empenhabilidade *(e. g.,* O. PLANaR, *Kornonentar,* fl~, 4□~ ed., 1151); mas a opinião de MARTIN WOLFF *(Lehrbuck,* 1H, § 161, 1) é a mais fundada, desde que se faça a explicitação que fizemos quanto à posse.

Parte ideal em propriedade mobiliária exclusiva pode ser empenhada (O. PLANCK, *Koramentar,* III, 4.~ ed., 1151; J.BIERMANN, *&zchenrecht,* 695; O. WnNnn, *Kommentar,* II, 442; sem razão: W. voN SnLn, *Das Miteigent um,* 71; F.ENDEMANN, *Lehrbuch,* III, § 135, nota 8), o que acentua diferença entre hipoteca e penhor.

Quem é dono exclusivo de imóvel, navio ou aeronave não pode hipotecar parte ideal; mas, em se tratando de bem empenhável, o penhor é possível. O penhor de parte ideal de bem empenhável, em condomínio, pode dar-se, a *fortiori,* como ocorre com a hipoteca da parte ideal do bem hipotecável, em condomínio.

A parte indivisa e a parte divisa da coisa são empenháveis, desde que se dê a composse ou a posse àquele que se faz titular do direito de penhor, ainda que tal composse imediata ou tal posse imediata seja substituida pela composse mediata, ou pela posse mediata, em virtude de atribuição a outrem da composse imediata, ou da posse imediata (mediatização da posse do titular do direito de penhor).

3.PARTES INTEGRANTES. Constituído o direito de penhor, todas as partes integrantes *essenciais* do bem móvel estão empenhadas. *Na dúvida,* o penhor apanha as partes integrantes *não-essenciais,* se há possibilidade de posse. Após a separação da parte integrante essencial, o penhor só é admissível se se operou desessencialização; após a separação da parte não essencial, basta a posse pelo outorgado do penhor, ainda se, cabendo, houve constituto possessório (cf. J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 634; sem razão, H. EnnRIci, .*Ptandrechtslconkurrenzen,* 60).

Não há penhor de frutos futuros, posto que haja penhora, seqüestro e arresto de frutos pendentes. Todavia, é jurídico o *acordo de constituição de penhor* de frutos futuros se dá a posse do bem ao outorgado, ou da parte integrante não separada. Então, o direito de penhor nasce com a separação dos frutos. Se foi concluído o acordo de constituição sem se haver dado posse do bem ou da parte integrante dele i~o outorgado,

há de haver separação e posse, ou posse posterior e separação para que o direito de penhor nasça (Erro VON GIERRE, *Deutsche8*

Privatrecht, II, § 170, 5). Também há penhor de frutos no penhor rural e de sal.

4.“UNIVERSITAS FACTI” E “UNIVERSITAS IURIS”. O penhor do bem coletivo somente se permite se podem ser empenhadas as coisas que o compõem. É admissível o pacto de se poder empenhar coisa que faça parte da celetividade. Se a coisa entrou recentemente na celetividade, tem-se de indagar se é empenhável, ou não, para se saber se fica sujeita, ou não, ao penhor, ou se pode ser empenhada em virtude de pacto que acaso exista.

Se a coisa faz parte de celetividade, o penhor sobre ela supõe que se haja individuado.

O bem coletivo composto de coisas, direitos e obrigações, como a empresa industrial, pode ser objeto de penhor

<PISKO, em V. ERRENRERO, *Handbuch,* II, *1,* 285), se os elementos compone4es o podem ser (sem razão O.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 444).

Deve-se a H. DERNEURO *(Das Biirgerliche Recht,* III, § 267, 3) e a OTTO VON GIERRE <*Deutsches Privatrecht,* II, § 170, nota 7) a demonstração de que não é de repelir-se o penhor sobre universalidade de coisas.

Pode o comerciante empenhar o depósito ou armazém de mercadorias da rua R, de modo que se possam subtrair ao penhor as mercadorias *regular-mente* alienadas e caiam sob a eficâeia pignoratícia as que entrem no depósito ou armazém como provisão nova. Para isso, é preciso apenas que se dê posse de titular de direito de penhor àquele a quem se outorgou a garantia real. Tal posse ou se atribui mediante intromissão pessoal do titular, que passa a vigiar o que sai e o que entra, podendo mesmo exercer função de caixa, ou por meio de representante dele, ou servidor da posse. Cabe estabelecer-se a cláusula de que não pode sair mais do que x de mercadorias, salvo se entrou parte do que saiu. O acordo pode fazer da proibição cláusula resolutiva do negócio jurídico básico, ou de vencimento da dívida.

Em sistema jurídico que tem, como o brasileiro, regras jurídicas como as dos arts. 54, II, 55-57, temos de acolher a penhorabilidade das

coisas coletivas e dos patrimônios.

Outra figura é a que resulta de pluralidade de penhores sob nome coletivo, em que a posse que se atribui é sobre cada coisa, separadamente, e se abstrai da figura da *un.iversitas* (cf. H. HOENIGER, *Die Sicherungsi2bereignung von Warenlagern,* 55 5.; G. PLANCK, *Komment ar,* III, 4.~ ed., 1152).

5. PERTENÇAS. Em sistema jurídico que, ainda a propósito de hipoteca, não insere a regra jurídica dispositiva (nem, sequer, interpretativa) da inclusão das pertenças, seria estranho que se considerassem empenhadas as pertenças. Sistemas jurídicos que têm àquela regra jurídica *(e. g.,* o Código Civil alemão, § 1.120) não a concebem quanto ao penhor.

6 FRUTOS. Ainda que o bem empenhado produza frutos civis *(e. g.,* alugueres, juros, dividendos), o penhor não se estende a eles. Seria de mister o penhor dos frutos, à semelhança da *hipoteca conjunta.*

Alguns juizes têm tirado do art. 774, II, e 792, IV, que o titular do direito de penhor tem direito a ficar com os frutos civis que recebeu antes do vencimento <*e. g.,* □

4 a Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal,

12 de abril de 1930, *1?. F.,* 55, 57). Mas o erro é evidente: entender-se-ia implícito o *pacto anticrético;* e ler-se-ia de modo obtuso o art. 774, II, que exatamente manda que se restituam "frutos e acessões". Somente mediante o pacto anticrético é que pode o titular do direito de penhor fazer seus os produtos da coisa empenhada. Se foram separadas partes integrantes, inclusive frutos naturais, o penhor continua de incidir sobre o todo, a despeito da separação. Noutros termos, a separação não faz cessar o penhor sobre o que foi separado (O. PLANCK, *Kontmentar,* III, 4.~ ed., 1179).

§ 2.564. Títulos ao portador

1.PENHOR DO TITULO OU CÁRTULA. Quando se empenha título ao portador o que se empenha é o bem corpóreo. Daí nada se ter de buscar ao que rege os penhOres de créditos. O direito incorporado somente está empenhado porque o titulo está. Os princípios que incidem quanto à aquisição do direito de penhor são os mesmos que

incidem quanto à aquisição da propriedade.

Só ao titular do direito de penhor sobre título ao portador pode pagar o promitente. Se há dois ou mais titulares, cabem as regras jurídicas do condomínio ou as regras jurídicas peculiares à comunhão de que se trata *(e. g.*, comunhão matrimonial).

2. CONTEÚDO DO DIREITO DE PENHOR. Se o título ao portador é titulo executivo, a) pode o portador ir executiva-mente contra o promitente, devendo chamar a juízo, como litisconsorte ativo, o empenhante; ou 19 ir contra o empenhante, se o título não está vencido, para que se dê a venda do título e se lhe satisfaça a pretensão à quantia garantida. Em *a),* há cumulação de ações, porque, em se pondo o empenhante como litisconsorte ativo, se supõe a declaração do direito de penhor, que em 19 é objeto de questão prévia, e se vencido está o penhor se supõem a condenação e a execução que estão como pedido em *14*.

Se o titulo não é executivo, a ação a propor-se é a de condenação do promitente, que não adimpliu, litisconsorciado ativamente o empenhante, ou a ação pignoratícia contra o empenhante.

O direito de penhor sobre títulos não se estende aos títulos concernentes a frutos, como os cupões de juros, dividendos e outras rendas. Para que os apanhe, é preciso que o acordo de constituição a eles se refira, e tenha ocorrido a entrega. *Na dúvida,* entende-se que o empenhante pode exigir a restituição dos cupões que se vençam antes de se vencer o penhor; com a devolução, ficam fora do penhor.

§ 2.565. Títulos endossáveis

1. CLASSIFICação DO PENHOR. Os títulos endossáveis ou *a)* se empenham com a combinação do ato constitutivo do penhor, sem necessidade de registro como elemento constitutivo,e endosso pleno (~ transmissivo da propriedade), o que é a única solução se a lei *proíbe,* expressamente, o endosso-penhor o considera não-escrito, ou o tem como pleno), ou *b)* mediante endosso-penhor. O endosso-penhor, mais a posse, é algo do mesmo plano que o endosso procuração, porém não atribui poder de alienar, e só dá a pretensão a manter a posse e a readquiri-la, e a ação executiva pignoratícia, ou as outras ações que tem o titular do direito de penhor.

Á discussão sobre se tratar de penhor de bem corpóreo ou de bem incorpóreo, a solução que havemos de dar é no primeiro sentido.

Quem endossa põe no dorso do título a declaração unilateral de vontade para a transferência: a posse, pelo que foi indicado como endossatário, ou por alguém (endosso em branco), completa o suporte fático da transmissão.

2.Registro. Desde que se trata de titulo transferível por endosso, o penhor pode ser feito mediante endosso -

penhor, dito também endosso pignoratício, *salvo se Fui lei especial que o ndo admita.* O registro não tem eficácia constitutiva. Apenas cria elemento probatório quanto à data, *pelo menos* no dia em que foi feito (= no dia do registro *já* havia o penhor).

Quem endossa em plena propriedade e, na causa, somente constituiu penhor, não endossou pignoraticiamente, endossou para *fiducia cum creditore.*

Â afirmação, por parte de alguns juristas, sobre a inexistência de endosso pignoratício (endosso-penhor) somente cabe perguntar-se: t onde viram a lei que o proibisse? Ater-se à técnica do acordo de constituição e do endosso-propriedade ou endosso pleno é regressão aos tempos em que, não se tendo o direito real de penhor, se recorria à fidúcia. ~ Qual a garantia que teria o outorgante se, em vez de guardar o titulo, o outorgante o transferisse, por endosso, a outrem? O nOvo endossatário estaria protegido; pois nenhuma referência haveria no título ao negócio jurídico de penhor.

§ 2.566. Direitos reais limitados e direitos pessoais

1.PENHOR DE DIREITOS REAIS LIMITADOS E DE DIREITOS PESSOAIS. Direitos, e não somente coisas, podem ser objeto de penhor. Os direitos de penhor sobre bens de propriedade intelectual ou de propriedade industrial são direitos de penhor sobre bens incorpóreos, e não sabre direitos. O direito de penhor sobre a propriedade fideicomissória é sobre direito expectativo, e não sobre a coisa.

A regra é serem empenháveis todos os direitos transmissiveis. Não há penhor do usufruto;do uso ou da habitação.

Há-o sobre o direito do exercício do usufruto.

Se, para a transmissão de um direito, é de mister a entrega da coisa,

também é de exigir-se para que se empenhe.

Se para a transmissão basta o acordo entre o cedente e o cessionário, há de ser feita a notificação ao devedor para que tenha eficácia, quanto a Esse, o empenhamento.

2.DIREITOS REAIS SUCESSIVOS. Se o direito empenhado já estava gravado (usufruto, penhor), o mais recente é posterior em grau.

3.CRÉDITOS E PENHOR SOBRE CRÉDITOS. Créditos podem ser empenhados se podem ser cedidos.

O titular do direito de penhor sobre créditos está protegido como titular de direito real; portanto, se à eficácia real não se fez alguma limitação *(e. g.,* em relação ao devedor que não foi notificado), tem ele as ações que teria o titular de direito real sobre bens corpóreos ou incorpóreos dominicais.

Os modos de extinção são os mesmos da extinção do penhor sobre bens corpóreos e incorpóreos dominicais. É de notar-se que o titular do direito de penhor sobre crédito pode renunciar ao penhor perante o credor empenhante ou perante o devedor. Se o direito empenhado e o direito de penhor se reúnem na mesma pessoa e a constituição do penhor não exigiu registro, opera-se a extinção, automaticamente. Se sobrevém cessão do direito que fora empenhado, tal cessão é sem a garantia de penhor. Se era necessário, para a constituição do penhor, entrega de algum documento, ou titulo, é preciso que esse se restitua para que se extinga o penhor.

A extinção, em virtude de negócio jurídico, do direito gravado de penhor só se dá se o titular do direito de penhor consente.

4.NOTIFICação DO DEVEDOR, QUANDO É DE EXIGIR-SE PARA PENHORA. Para o penhor sobre direitos de sócio, como para o penhor sobre direitos reais limitados, inclusive se o objeto gravado de direito real limitado é bem intelectual ou industrial, não é preciso que se faça qualquer notificação.

Também não é de mister notificação se para a cessão seria preciso algo mais do que o acordo entre o cedente e o cessionário, como acontece em se tratando de cessão de crédito hipotecário, ou de crédito sobre título cambiário ou cambiariforme. Há mais do que notificação: há, ai, publicidade pelo registro, ou pela entrega, ou pelo

endosso e a entrega.

Para o penhor de direito de penhor sobre bem corpóreo, ou não, é necessária a notificação, como elemento de eficácia perante o devedor cuja dívida fora garantida. Dá-se o mesmo em sendo o penhor sobre crédito de seguro, salvo se a apólice teria de ser entregue ao devedor.

Quando é de exigir-se, para eficácia em relação ao devedor, a notificação, quem a faz é o constituinte do penhor, ou o outorgado que tem poder de notificar.

Lê-se no Código Civil, art, 791: “Esta caução principia a ter efeito com a tradição do título ao credor, e provar-se-

á por escrito, nos termos dos arts. 770 e 771”. A caução, a que se referiu o art. 791, é a caução de títulos de crédito e de créditos em geral, posto que no art. 790 se fale de títulos, por ser vulgar chamar-se título a títulos e-a documentos: “Também se equipara ao penhor, mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de títulos de crédito pessoal”. Os penhOres de títulos de crédito real e de créditos reais documentos (se o sistema os admite) ficaram de fora. No Código Civil, ainda diz o ad. 792:

“Ao credor por esta caução compete o direito de: 1. Conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios civeis ou crimes, contra qualquer detentor, inclusive o próprio dono. II. *Fazer intimar ao devedor dos titulçs c~iucionados, que não pague ao seu credor, enquanto durar a caução* (ad. 749).

III. Usar das ações, recursos e exceções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se deste fora procurador especial. IV. Receber a importância dos títulos caucionados, e restitui-los ao devedor, quando este solver a obrigação por eles garantida”. Grifamos o inciso II.

Acrescenta o art. 794: “O devedor do titulo caucionado, tanto que receba a intimação do art. 792, n. II, ou se dê por ciente da caução, não poderá receber quitação do seu credor”. A notificação é ao devedor. Se há divida solidária, todos os devedores têm de ser notificados. Se só um ou alguns foram notificados, a eficácia é somente quanto ao que foi notificado, ou quanto aos que foram notificados (G. PLANCK, *Komment ar,* JI~, 4.~ ed., 1298).

Se a dívida é em mão comum, a notificação a quem não representa a mancomunidade nenhuma eficácia tem, inclusive quanto a quem foi

notificado. £ o caso da dívida comum dos cônjuges se notificado foi aquele que não administra a sociedade conjugal.

O que acima se disse quanto às notificações também incide em se tratando de *cessão em segurança* (cf., para o direito alemão, H. HOENICER, *Die Dielcontierung von Buchforderungen,* 8 s.), porque, no direito brasileiro, a notificação é somente para eficácia em relação ao devedor.

Quando a notificação é de fazer-se, entendem alguns juristas (inclusive alemães, a despeito do § 1.280 do Código Civil alemão, *e. g,* J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 715, e O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 489), que a falta de notificação ao devedor deixa sem eficácia real o acordo de constituição do penhor; portanto, somente há relação jurídica pessoal entre o credor e credor pignoratício (titular do direito de penhor). Não devemos admiti-lo. Nem no direito alemão, no qual o § 1.280 diz, claramente, que o penhor de crédito, cuja transferência precisa de cessão, só é eficaz *(ist nur wirksam)* quando se notifica o

devedor. O penhor não é *eficaz,* mas é. Não é eficaz em relação ao devedor. No direito brasileiro, o art. 1.069 do Código Civil que diz "não vale" em vez de "não é eficaz", a ineficácia da cessão é somente "em relação ao devedor". Até à notificação é possível que se extinga a dívida por ato do credor que constituiu o penhor ainda sem o consentimento do credor pignoratício (titular do direito de penhor). Há ação do outorgado do penhor para que o credor-devedor, outorgante, notifique (J.BIERMANN, *,Sachenrecht,* 715).

No direito brasileiro, o poder de notificar o devedor já é *efeito* da constituição do direito de penhor (Código Civil, art. 792, II, cuja comparação com o art. 1.069 é instrutiva).

A notificação é declaração receptícia de vontade; e não comunicação fática. Mas pode ocorrer o que se prevê no art. 1.069, 2.8 parte, do Código Civil. Tem de ser posterior ao acordo de constituição do penhor (a. PLANCK, *Kommentar, III, 4.a* ed., 1297) e basta que a faça o outorgado *(aliter,* O. Wànqxyn, *Kommentar,* II, 489>, pois que tem poderes. Pode fazê-la o sucessor do outorgante, ou, em se tratando de apólice de seguro de vida, aquele a favor de quem se fez o seguro. Se ocorreu após a abertura de concurso, é ineficaz. Feita antes da abertura, pode dar-se que seja ineficaz o penhor se o foi dentro do período legal da falência, ou revogável por fraude contra credores, segundo o art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Pode notificar o inventariante do espólio do outorgado, ou seu sucessor, como qualquer sucessor do outorgante o pode.

Se o crédito empenhado estava garantido com fiança, o fiador, que não foi notificado, pode liberar-se, pagando ao empenhante, ou adquirindo o crédito contra o devedor afiançado (Código Civil, art. 1.496).

5.EMPENHANTE DE CRÉDITO QUE NÃO É ar. Em geral, se o empenhante não era titular do direito de crédito, que empenhou, não surge, ainda que de boa fé o adquirente, direito de penhor sobre o crédito. Não se passa o mesmo se o direito, que se empenha, consta de registro constitutivo.

CAPITULO III

CONSTITUYÇÃO DO PENHOR

§ 2.567. Penhor e direito de penhor

1. DISTINÇÃO EXATA. Para que do modo de constituição do direito de penhor resulte direito de penhor é preciso que tenha *eficácia real* o emprego de tal modo de constituição. Ainda que se haja acordado na constituição do penhor e tenha sobrevindo ou coexistido posse, pode acontecer que não haja a irradiação do direito, ou porque não houve a transferência de posse pelo dono, ou porque foi nulo o acordo de constituição. Não se pode transplantar para o direito mobiliário o principio do art. 530, 1, do Código Civil só referente à propriedade imobiliária, estendida, por analogia, à constituição dos direitos reais limitados sobre imóveis e móveis hipotecáveis.

Isso, que acima se expôs, não pré-exclui a tutela de terceiros que se hajam guiado pelo registro, porém essa tutela não é tão intensa quanto no tocante à tutela dos que se fiam do registro imobiliário. O assunto exige tratamento especial à medida que se examinarem as espécies de penhor por seu *objeto.*

2.PROPRIEDADE MOBILIÁRIA E TRÂNSMISSÃO. A respeito da propriedade mobiliária sobre bens corpóreos, que não tenham de ser registrados antes de qualquer ato de alienação, regem os arts. 620-622 do Código Civil: é preciso haver tradição para se transferir direito de propriedade sobre bens corpóreos (art. 620), ainda que seja *longa manu,* ou *brevi manu,* ou, excepcionalmente (art. 769, 2.~ parte), pelo

constituto possessório (art. 620, 2.~ parte>, ou haver cessão da pretensão à entrega (art. 621); se quem transfere a posse não é proprietário, a propriedade não se transmite, por ser *ineficaz* a transferência pelo não-dono (art. 622), podendo pós-eficacizar-Se se o alienante vem a adquirir a propriedade e se estava de boa fé o adquirente; se o negócio jurídico é nulo, não produz direito de propriedade (não produz *efeito)* e não há pensar-se em transmissão (art. 622, parágrafo gnico). Nenhum registro se exige, *em geral,* para que se produza a transmissão da propriedade mobiliária.

O *principio da publicidade peia* posse é que está à base do ordenamento jurídico do penhor, salvo onde há de haver *privado* registro da propriedade ou titularidade do objeto gravado, seguindo-se o registro da constituição do penhor, ou se é constitutivo o registro do acordo. Há, então, o *principio da publicidade pelo registro.*

O sistema jurídico brasileiro adotou a solução do registro para efeitos *erga.* omites, e não para o efeito constitutivo do penhor, se não houve escritura pública, porque era preciso evitar-se a insegurança em matéria de datação do penhor. É essencial, portanto, distinguir-se do registro *constitutivo* o registro somente relativo à fixação *erga omnes* da datação. Lê-se no art. 771 do Código Civil: "Se o contrato se fizer mediante instrumento particular, será firmado pelas partes, e lavrado em duplicata, ficando um exemplar com cada um dos contraentes, qualquer dos quais pode levá-lo à. transcrição". Essa transcrição é para as espécies comuns no registro de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 134, „0,~ e IV).

Na hipoteca, a posse não passa ao titular do direito de hipoteca, de modo que se sabe com quem está ou pelo menos onde está o bem; no penhor, os terceiros têm interesse em que, se há penhor, que se *diga* com quem está o bem e *desde quando.* A posse mediata pode ser alienada e, com ela, a propriedade, ciente quem. a adquirir de que alguém, que se individua no instrumento do penhor, possui, imediatamente, o bem adquirido.

Na *transmissão fiduciária com fim de segurança,* o adquirente fica obrigado, sob condição suspensiva da amortização da dívida, à retrotransmissão do bem alienado, e é raro que conceba a retrotransmissão automática, em virtude de condição resolutiva, que seria o adimplemento da obrigação. Não há, aí, constituição de penhor, e errou, palmarmente, em confundi-los 3. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VII, 2, 634), como a 2.~ Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 5 de dezembro de 1905 (E. *de D.,* III, 165-168). Se o comerciante que

precisa de numerário para pagar ao credor aliena algum armazém e fica na posse imediata, explorando-o, em nome próprio, com permissão do credor, não há pensar-se em penhor. O que se perfaz, ai, é transmissão fiduciária, com a aquisição imediata de tudo quanto entre no armazém, como provisão nova. A garantia é real, sem haver direito real de garantia, isto é, direito real limitado. Há a *fiducia cum creditore,* com a transmissão da plena propriedade, ainda quando o objeto já haja sido gravado com direito real de garantia *(e.* g., o dono, A, que empenhara a B, transfere a C a propriedade, em garantia de outra divida).

§ 2.568. Títulos nominativos

1.CLASSIFICação DO PENHOR. Os títulos nominativos não-endossáveis são títulos documentais (Tomo XV, §

1.776, 3); não incorporam direitos, como os títulos ao portador e os títulos endossáveis, salvo excepcionalmente.

2. TÉCNICA DO REGISTRO. A entrega da posse dos títulos nominativos não endossáveis é necessária à constituição do direito real de penhor (Código Civil, arts. 790 e 791). Também o é o acordo de constituição. O

registro apenas dá efeitos *erga omites,* exceto se a lei especial o faz *constitutivO.* Tratando-Se, por exemplo, das ações nominativas das sociedades por ações,o Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 28, alínea 1.~, estatui: “A caução ou penhor das ações nominativas só se constitui pela averbação do respectivo ato, documento ou instrumento no livro de “Registro de Ações Nominativas”. A sociedade tem o direito de exigir para o seu arquivo um exemplar do documento ou instrumento”.

A opinião heterodoxa que via na constituição de penhor somente atribuição de *jus vendendi,* ou de *jus distrahefldi,* foi e há de ser repelida. O direito de penhor é direito real limitado, como os outros direitos reais de garantia. Mais absurda fora, e é, a de alguns juristas franceses que elevavam a constituição de penhor à categoria de alienação condicional ao credor. O outorgante continua proprietário e pode alienar a propriedade; apenas constituiu a favor de alguém direito real de garantia. Eis a razão por que “a caução ou penhor das ações não inibe o acionista de exercer o direito de voto” (Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 83, 1.~ parte), posto que

seja permitido estabelecer-se no próprio instrumento da caução ou penhor que o dono das ações não pode, sem o assentimento do titular do direito de penhor, votar em certas deliberações (art. 33, 2B parte).

A confusão entre penhor e transmissão fiduciária levou a Seção dos Negócios do Império do Conselho de Estado e o Governo Imperial a negarem, em caso de *fiducia cum creditore,* o direito de voto do fiduciário (Aviso n. 92, de 5 de março de 1863; Aviso n. 335, de 25 de julho de 1863; Aviso do Ministério da Fazenda n. 482, de 30 de julho de 1878: "A caução não importa aliena~o de propriedade das ações, muito embora seja feita a titulo de transferência, como se evidencia pela falta de pagamento do sOlo; portanto, sem atentar contra as leis gerais garantidoras do direito de propriedade não podiam os estatutos despojar os acionistas do direito de fiscalizarem a administração dos seus interesses"). O Aviso n. 482 tinha, *in casu,* de apreciar a falta de pagamento do galo, e não de atribuir empenho ao que era transferência em segurança.

§ 2.569. Modos de aquisição do direito de penhor

li. DIREITO DE PENHOR E MODOS DE CONSTITUIÇIO. O direito de penhor ou nasce da lei, ou de manifestação de vontade, declarada, do proprietário, ou de ato judicial.

Somente pode empenhar quem pode alienar; a respeito de penhor, não pode ocorrer que terceiro adquira o direito de penhor, que a favor de outrem se constituiu por se fiar da escritura pública e da posse (principio da publicação pela posse), ou do registro do instrumento particular no cartório de registro de títulos e documentos, ou de outro registro que se exija, na espécie, não à constituição do penhor, mas à sua eficácia *erga omnes.*

No sistema jurídico brasileiro, não há resposta a *priori* à questão de se saber se, não obstante não ser proprietário o empenhante, é possível que se constitua o penhor. Para que a constituição possa ser a *non domino* é de mister que também se pudesse adquirir *a non domino* o domínio. O outorgado de boa fé no acordo de constituição de penhor sobre títulos cambiários e cambiariformes, por exemplo, adquire o direito de penhor, nas mesmas circunstâncias em que, se tivesse sido outorgado de domínio, adquiriria a propriedade.

Tratando-se de bens corpóreos, excetuados títulos cambilrios ou cambiariformes, não, porque regem os arts. 620-622 do Código Civil.

2. FONTES DO DIREITO DE PENHOR. O direito de penhor irradia-se do negócio jurídico de penhor, ou em virtude da lei, ou de decisão judicial. Se dilata o conceito de penhor a ponto de conter o penhor e a penhora, há outro modo de constituí-lo que é o do cumprimento do mandado de penhora, dependendo de notificação do devedor (Código de Processo Civil, arts. 939 e 940). Seria inconveniente a extrapolação.

1) O penhor negocial nasce do negócio jurídico de constituição *mais* a entrega da coisa. Não é preciso o registro para que nasça. Todavia, tratando-se de penhor de direito real *(e.* g., crédito hipotecário), é pressuposto de existência o registro, tal como se passa com os títulos nominativos de divida pública (art. 789) e os penhores com constituto possessório.

Diz o art. 768: "Constitui-se o penhor pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, ao credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por Ele, de um objeto móvel, suscetível de alienação". Tradição *efetiva.*

j,Que é tradição efetiva? ~ Há tradição simples que não seja efetiva, tradição que não seja fáctica? Trata-se de tradição no sentido do art. 520, II, que, sendo tradição simples (Tomo X, §§ 1.080, 1, e 1.084, 1, 2), é apenas ato-fato. Escusado é advertir-se em que só se trata de tradição da posse imediata, e não de toda a posse. Há a tradição *brevi manu,* a tradição *longa manu,* o constituto possessório e a cessão da pretensão à entrega. O suporte fático do penhor pode completar-se com a *brevi.s manita* e com a *longa rnanus,* que estudamos no Tomo X

(respectivamente, §§ 1.066, 2, 1.067, 4, 1.080, 1, 1.084, 1.086-1.088, e §§ 1.064, 1, 1.066, 2, 1.067, 4, 1.074, 1, 1.080, 1, 1.084, 1.086-1.088). Quanto ao constituto possessório, permitiu-se que, no caso do penhor agrícola ou pecuário, a coisa continue em poder do devedor (art. 769: "Só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, salvo no começo do penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula *constituti").* A exceção foi estendida: a) ao penhor de máquinas e aparelhos utilizados na indústria (Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939, art.

3.0: "O devedor, que continuará na posse e utilização das coisas empenhadas, é equiparado ao depositário, para todos os efeitos legais, e não poderá delas dispor, alterá-las ou mudar-lhes a situação, ainda que no mesmo estabelecimento onde se acharem, sem consentimento escrito do credor", podendo tratar-se de "assentimento" onde se fala

de “consentimento”) ; *lO* à indústria de suínos (Decreto-lei n. 1.697, de 23 de outubro de 1939, art.

1.0:

“Ficam extensivos aos contratos sobre produtos de suíno cultura banha, carnes de porco salgadas, congeladas, fiambres, presuntos e outros derivados, naquilo que forem aplicáveis, os dispositivos do Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939”; Decreto-lei n. 2.064, de 7 de março de 1940, art. 1.0: “As disposições do Decreto-lei n.

1.271, de 16 de maio de 1939, tornadas extensivas aos contratos sobre produtos de suíno cultura e ao respectivo penhor pelo Decreto-lei n. 1.697, de 23 de outubro de 1939, estendem-se também, no que forem aplicáveis, ao penhor dos animais adquiridos pelos estabelecimentos que exploram a industrialização dos suínos e, bem assim, aos materiais por Eles adquiridos para essa industrialização, tais como condimentos, sal, aguar aguar e à embalagem dos respectivos produtos, tais como folhas-de-flandres, papel apropriado e caixas”) ; *c)* à indústria do pescado (Decreto-lei n. 2.566, de 6 de setembro de 1940, art. 1.0); *d)* à indústria do sal (Decreto-lei n. 3.169, de 2

de abril de 1941, art. 1.0: “Pode ser objeto de penhor, independentemente da tradição efetiva, se o devedor for salineiro:

1, o sal que ainda estiver na salina, mesmo em via de cristalização, quer a salina seja do devedor, quer a possua como arrendatário, ou a outro título; II, as máquinas, instrumentos, utensílios, animais, veículos terrestres e pequenas embarcações (Código Comercial, art. 118) quando servirem à exploração da salina”; art. 2.0: “Ao penhor que tiver por objeto uma ou mais coisas das enumeradas no art. 1.0, sendo depositário o próprio devedor, aplicam-se as leis que regem o penhor agrícola”); *e)* à indústria de carne e derivados (Decreto-lei n. 4.312, de 20

de maio de 1942, art. 1.0: “Ficam extensivas as disposições do Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1989, no que forem aplicáveis, ao penhor de animais para industrialização de carnes, de produtos e subprodutos, tais como carnes congeladas, resfriadas, curadas, ou em conserva, sebo e graxas”, e art. 2.0: “São suscetíveis de penhor, nos termos deste decreto-lei, os materiais utilizados na industrialização de carnes e derivados, tais como condimentos, sal, folha-de-flandres, caixa, papel e sacos de qualquer tecido”) ; 1) aos estabelecimentos de ensino (Decreto-lei n.

7.780, de 26 de julho de 1945, art. 1.0:

“As caixas econômicas federais poderão operar em empréstimos de dinheiro mediante garantia de penhor, em benefício dos estabeleci“mentos particulares de ensino, reconhecidos pelo Governo Federal”; parágrafo único:

“Estendem-se às operações realizadas na forma do presente artigo as disposições do Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1989, e n. 4.191, de 18 de março de 1942, desde que a detenção e utilização das coisas empenhadas, a juízo da emprestadora, sejam indispensáveis às atividades normais do estabelecimento beneficiado”; e art. 6.~:

“Se não existir caixa econômica federal na unidade federativa em que estiver situado o estabelecimento beneficiado, os empréstimos poderão ser concedidos por instituição congênere da unidade federativa mais próxima, ouvido o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais a que se refere o art. 3.~ do Decreto n.24.427, de 19 de junho de 1934”).

Tratando-se de cédula hipotecária, é preciso a tradição (simples, *brevi manu* ou *longa manu),* porém basta a cessão da posse mediata comunicada ao possuidor mediato, o que faz o credor pignoratício possuidor mediato de grau inferior ao devedor.

A cessão da pretensão à entrega, se não é possuidor imediato, ligado ao devedor, o terceiro possuidor da coisa, não basta a compor a “tradição efetiva”, a que se refere o art. 768.

8.CONSTITUIÇIO NEGOCIAL DE PENHOR. A constituição negocia] do penhor pode ser por ato entre vivos ou a causa de morte.

É preciso que se não confunda o fato jurídico que está à base do penhor, negócio jurídico ou não, de que resultou a divida, para cuja satisfação se constitui o penhor, com o acordo de *constituição* ou o *negócio jurídico* uniteralmente iniciado pelo qual se atribui a alguém que tem ou vai ter a posse do bem o direito de penhor, mas *bilateral vez* com a tomada de posse. A constituição do penhor por ato de última vontade negocial e obedece aos princípios que regem a constituIÇãO de direitos reais limitados, por declaração testamental de vontade.

Se a declaração de vontade para a constituição de penhor foi unilateral, a. tomada de posse ou outro ato que perfaça a constituiÇãO

real do penhor, por parte do outorgado, bilateral o negócio jurídico, que se constrói como negócio jurídica em que & oferta e a aceitação não foram simultaneamente Salvo se há disposição a causa de morte, porque, ai, a aceitação tem outra função.

4.CONSTITUIÇÃO LEGAL DE PENHOR. Â constituição do penhor pode ser *ex [ege.* Todavia, têm-se encambulhado sob o nome de penhor legal (a) o penhor constituído em virtude de exercício da pretensão à

~o~stituiç1O de penhor e (1» os penhora que a lei mesma estabelece.

5. PENHOR E USUCAPIÃO. Não há usucapião de direito de penhor (cf. C. BOCHEL, *civilrechuiche Erôrter1L%9~-l',* 1, 9, 51-58; E. DEENEURCI, *Das pfaqulrecl&t,* 1, 178 s.). Pode dar-se, ao inverso, que alguém adquira a propriedade do objeto empenhado, livre do gravame, como pode ocorrer que a adquira com a subsistência do penhor.

§ 2.570. ConstituiÇãO de penhor por negócio Jurídico entre vivos

1.PRECISÕES. Nem todas as ~onstitdç6eã de penhor por ato entre vivos se regem pelos mesmos princípios. *Em geraL,* há o acordo de constituição e a tomada de posse, de modo que somente com essa se constitui o penhor. É a posse, ai, que publica <*Resitzvriluiv.* cf. R. SOEM, *Inatiti,* 16.* ed., 466 a.), e não a inscriÇão <*BlLchVritIZiV).*

De regra, as exigências de registro só dizem respeito, em se tratando de penhor, à eficácia *erga omites,* principalmente para a fixação da data. Se o penhor foi constituído por instrumento particular e ainda não se deu a transcrição, penhor já. existe e qualquer dos figurantes pode obter que se transcreva o instrumento particular, mas a eficácia contra terceiros somente se inicia com a transcrição (Código Civil, ad. 771, *verbis*

"qualquer dos quais pode levá-lo à transcrição").

O acordo de constituição de penhor existe por si, independente da transferência da posse, ainda nas espécies em que é exigida para que nasça o direito de penhor. Noutros termos o acordo de constituição *vineuul.* Não dá a. ação para haver a posse; a ação é só pessoal, posto que se trate de acordo de direito das coisas. Se houve acordo por escritura pública ou por instrumento particular, que foi transcrito,

porém ainda não se deu a entrega da posse, sendo exigida, não há, ainda, direito de penhor, isto é, direito *real* de penhor.

2.FORMA 00 ACORDO DE ~ON5T1TUIÇÃO DE PENHOR.

O acordo de constituição pode ser num só ato, formalmente, ou em dois *(e.* g., declaração de constituição pelo outorgante, declaração de aceitação da constituição pelo outorgado), ou em tantos quantos sejam os figurantes. ou alguns deles (e. g., dois outorgantes declaram juntamente; um, não). No art. 771 do Código Civil diz-se: "Se o contrato se fizer mediante instrumento particular. será firmado pelas partes, e lavrado em duplicata, ficando um exemplar com cada um doe contra qualquer dos quais pode levá-lo à transcrição". Isso uso quer dizer que se não possa lazer separadamente, em duplicata, para que cada figurante tenha os instrumentos das duas declarações de vontade, inclusive por meio de cada.

Lê.se no Código Comercial, ad. 2711: "O contrato de penhor, pelo qual o devedor ou um terceiro por Me entrega ao credor uma coisa móvel em segurança e garantia da obrigação comercial, só pode provar-Se por escrito assinado por quem recebe o penhor". Logo se exprobrou à lei comercial nao ter aludido à assinatura do outorgado (LAFAIETE RODRICUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* II, 8 sj. Mas, no *ad.* 271, o Código Comercial pôs o mínimo, ficando ao outorgado exigir a outra via, assinada pelo outorgante, ou por ambos. Aliás, o Reg. *ri.* 737, de 25 de novembro de 1850, art. 288, relativo à ação executiva pignoratícia, dizia: "O autor, ajuntando a escritura ou escrito do contrato e conciliação, requererá que seja o réu citado para a avaliação e arrematação do penhor, que será para esse fim depositado". As regras legais não se interpretam como se fossem inscrições de estradas, mas sim como proposições insertas em sistema jurídico que lhes dá parte do conteúdo e dos contornos.

No art. 134, II, do Código Civil fala-se da exigência da escritura pública em se tratando de direitos reais sobre imóveis. Tal .regra jurídica nada tem com o penhor e, para evitar dúvidas, o próprio art. 134, II, explicitou, útil mente, que não se refere ao penhor agrícola. O instrumento particular pode ser empregado qualquer que seja o valor do penhor.

O ser lavrado em *duplicata* não é essencial. A duplicata é para ser entregue ao outro figurante, e esse pode dispensá-la (3.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de novembro de 1937, *R. dos T.,* 112, 528).

O direito brasileiro desconhece *penhor manual,* isto é, penhor sem a instrumentação escrita do acordo de constituição. Se a posse foi dada em garantia, sem se ter feito escritura pública, ou instrumento assinado *pelo menos* pelo outorgado, apenas se pode pensar em *direito* (convencional) *de retenção,* puramente pessoal. Cumpre, ainda, advertir-se em que tal convenção não se pode provar somente por testemunhas se o valor dela excede de dez mil cruzeiros <Código Civil, art 141; Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952, art. 1.0).

Se o acordo de constituição não satisfaz, pelo menos, o que se exige no art. 771, do Código Civil, é nulo (art. 145, III), não produz direito real de penhor. Não vale nem é eficaz entre as partes, erro grave em que incorreu CLóvis BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 327), que foi sendo repetido por alguns. Se há outra prova que a testemunhal, ou se não excede a taxa legal o valor da convenção (que é o de crédito garantido), pode-se provar o direito de retenção, ou o *pactum de pignore dando;* não o penhor, direito *real* de garantia. O credor que alega o direito de retenção ou o *pactum de pignore dando,* que é de eficácia somente pessoal, tem o ônus da prova.

A exigência da transcrição é somente para eficácia *erga. omites.* Não tem- outro alcance que aquele que se expôs a propósito do art. 185 do Código Civil.

O efeito *erga omites* foi tornado dependente do registro, para que não se entedatassem acordos de ,constituição de penhor. Não se exigiu o registro para que não tenha direito de penhor. Se o acordo de constituição foi por instrumento particular e ainda não se transcreveu, direito de penhor já há, por terem sido satisfeitos os pressupostos de acordo de constituição e de entrega da posse: o que lhe falta é a eficácia *erga omites.* (Aqui, como a outros respeitos, alguns juristas baralham os conceitos de *nulidade* e de *ineficácia,* lamentavelmente. Não há nulidade por defeito de forma se foi observado o art. 771 do Código Civil, *ainda que não* □ *esteja transcrito.*

Há, se não foi transcrito, ineficácia *erga omites.)*

Se os figurantes preferiram a instrumentação por escritura pública, não é preciso que se transcreva no cartório de registro de títulos e documentos. O *ratio legJ* para se tornar dependente de registro a eficácia *erga omites* está em que se poderia antedatar ou fingir constituição de penhor. Ora, para o legislador, a escritura pública tem a mesma autenticidade, de modo que dispensou o registro que aí seria redundante. O registro das escrituras públicas somente não é de dispensar-se, *de jure condendo,* onde o registro é *constitutivo* do direito

real, como se passa a respeito dos outros direitos reais limitados e dos próprios penhOres em que se tem de atender à lei mesma da transmissão da propriedade dos objetos penhorados. Foi por não ter entendido o sistema brasileiro que FILADELFO AZEVEDO *(Registros Públicos,* 52) censurou a lei, aliás confundindo validade com eficácia. Essa confusão, freqüentemente entre alguns juristas,, é uma das mais graves que podem ocorrer.

Se o direito de penhor recai em objeto que somente se pode alienar a) mediante escritura pública, ou *b)* em virtude de registro do acordo de transmissão, também a) só se pode constituir por escritura pública, ou *b)* em virtude de registro. O último caso é o dos penhores de créditos hipotecários (Decreto n. 24.777, de 14 de julho de 1934, art. 1.0: "Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para esse efeito, considerar-se-ão coisa móvel") : há de haver o acordo de constituição e a averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 285) e o dos penhores rural e industrial.

§§ 2.567-2.576. CONSTITUYÇÃO DO PENHOR Outro ponto que merece referência. O art. 271 do Código Comercial diz que o negócio jurídico de penhor somente se pode provar por escrito, assinado pelo que recebe o penhor. Não alude ao registro para efeitos *erga omites.* Isso não significa que tenha eficácia *erga omites* se não foi transcrito, em se tendo empregado instrumento particular. No próprio Código Comercial, ad. 121, está estabelecido que as regras jurídicas do direito civil são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas" no Código Comercial. Por outra lado, o art. 271 do Código Comercial somente concerne à *prova* contra o outorgado, que recebeu o objeto empenhado.

3. REGISTRO CONSTITUTIVO E REGISTRO NÃO CONSTITUTIVO.

(1) O penhor de títulos nominativos da divida pública federal é *averbado* na Caixa de Amortização, ou nas Delegacias Fiscais nos Estados-membros (Decretos n. 6.711, de 7 de novembro de 1907, ad. 112, n. 17.770, de 13

de abril de 1927, ad. 98, e), e 99, inciso 3); o de títulos nominativos da divida pública estadual ou municipal, na repartição a que a lei local haja dado competência. Aqui, o registro é *constitutivo;* antes dele, há acordo de constituição, sem qualquer eficácia real, posto que se haja de entender que qualquer dos figurantes possa levar a registro o acordo *assinado.* Onde ti registro constitutivo, registro para eficácia

erga omnes seria superfetação (em vez de “transcrição”, leia-se, no ad. 789 do Código Civil, “averbação”).

O penhor de ações nominativas de sociedades por ações constitui-se pela averbação do acordo de constituição no livra de Registro das Ações Nominativas, ficando com a sociedade um exemplar do documento (Decreto-lei n.

2.627, de 26 de setembro de 1940, ad. 28, 1.8 alínea: “A caução ou penhor das ações nominativas só se constitui pela averbação do respectivo ato, documento ou instrumento no livro de “Registro das Ações Nominativas”. A sociedade tem o direito de exigir para o seu arquivo um exemplar do documento ou instrumento”). O registro é constitutivo; portanto seria supérflua a transcrição no registro de títulos e documentos. Antes da averbação não há direito real de penhor; há, apenas, a eficácia vinculativa do acordo de constituição. Se outro acordo sobrevém e é levado a registro, antes de o ser o primeiro, a eficácia real começa a favor de outro acordo.

(2) Os títulos à ordem são suscetíveis de endosso pignoratício, sem que seja de mister que se diga ser endosso-penhor. Não é preciso qualquer registro para efeitos *erga omnes,* nem, *a fortiori,* qualquer registro constitutivo. A opinião de JOSÉ A. SARAIVA *(A Cambial,* 554), se é a que lhe atribui MÁRIO NEVES BÂTISTÁ *(Penhor de Créditos,* 193), de ter de ser registrado o acordo de constituição, somente pode referir-se ao acordo de constituição fora do endosso pignoratício. Mas a eficácia *erga omnes* seria nenhuma se do título nada consta e o outorgante não mais é o portador do titulo endossável, nem o é o outorgado. O meio eficiente para a constituição do penhor do título endossável é o endosso-penhor e esse não precisa de registro: o registro serviria, quando muito, como elemento probatório ao alegar-se antedata, fraude contra credores e outros vícios. Volveremos ao assunto.

(c)Quanto aos títulos ao portador, o acordo de constituição e a entrega da posse são os elementos necessários. A transcrição no registro de títulos e documentos só se refere à eficácia *erga omites,* e não à constituição do penhor: o penhor dos títulos ao podador rege-se pelos princípios concernentes aos outros bens corpóreos; o registro apenas atribui ao penhor constituído eficácia *erga omites.* No Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, ad.

134, III, fala-se da caução de títulos de crédito pessoal e de divida pública federal, estadual ou municipal, ou de bOlsa, ao portador, como sujeita à transcrição no registro de títulos e documentos. Tal

registro não é constitutivo, é apenas para eficácia contra terceiros *(erga omites),* por força do art. 771 do Código Civil.

(d)Teremos ensejo de mostrar a constitutividade do registro do penhor agrícola (Lei n. 492, de 80 de agOsto de 1937, arts. 1.0 e 2.~ Decreto-lei n. 2.612, de 20 de setembro de 1940, ad. 1.0) e do penhor pecuário (Lei n. 492, arts. 10-13, 1.~ e 2.0). Não há penhor agrícola ou pecuário antes do registro: somente do registro pode resultar a relação jurídica real. Antes, a escritura, pública ou particular, contém o acordo de constituição, pessoalmente vinculativo; mas, se ocorre o registro de outro acordo, ainda posterior, aquele foi prejudicado pela transcrição.

Dá-se o mesmo quanto ao penhor industrial.

A transcrição tem a fé pública do oficial do registro, mas apenas no que concerne ao gravame pignoratício. Não diz respeito à propriedade. Os bens são reivindicáveis contra quem

constituiu o penhor rural (agrícola ou pecuário) ou quem dele adquiriu os bens, posto que o terceiro adquirente do direito pignoratício segundo o registro esteja incólume à ação. Tudo isso se dá porque não se trata de inscrição de bem *transcrito,* como se passa com a hipoteca, e sim de transcrição do acordo de constituição de penhor, primeiro fato da vida do bem que consta do registro.

(e)O penhor de máquinas e aparelhos utilizados nas indústrias e em funcionamento, com ou sem as suas pertenças, também depende de registro *constitutivo,* a despeito de faltar clareza ao ad. 2? do Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939.

Bem assim, o penhor de produtos de suinocultura, banha, carnes de porco salgadas, congeladas, fiambres, presuntos e outros derivados (Decreto-lei n. 1.697, de 23 de outubro de 1939, ad. 1.0; Decreto-lei n. 1.271, ad.

2.0), e o penhor de animais e materiais adquiridos pelos estabelecimentos que exploram a industrialização dos suínos (Decreto-lei n. 2.064, de 7 de março de 1940, ad. 1?; Decreto n. 1.271, art. 2.0).

A razão da constitutividade do registro está em que se pré- exclui o pressuposto da entrega da posse imediata, que fica ao outorgante do penhor.

Ocorre o mesmo com o penhor do sal e de bens destinados à

exploração das salinas (Decreto-lei n. 3.169, de 2 de abril de 1941, ad. 2.0; Decreto-lei n. 1.271, *ad.* 29) e com o penhor de animais e matérias empregadas na industrialização de carnes e derivados (Decreto-lei n. 4.312, de 20 de maio de 1942, arte. 1.0 e 2.0; Decreto-lei n.

1.271, ad. 2.0), inclusive pescada.

§ 2.571. Constituição testamentária de penhor

1.NEGÓCIO Jurídico UNILATERAL. A constituição testamentária de penhor é por eficácia de negócio jurídico unilateral, que é o testamento. Ou o testador unilateralmente constituiu o penhor, ou unilateralmente outorgou poderes para a constituição dele. Ou o testador fez titular do direito de penhor o herdeiro, que recebe a posse plena, e tem de entregar a legatário ou outro herdeiro a posse própria (mediata), ficando-lhe a posse de titular do direito de penhor; ou o testador fez titular do direito de penhor a terceiro, a quem há de o herdeiro dar a posse de titular do direito de penhor, ficando-lhe a posse própria (mediata). Em vez de *acordo* de constituição, há *declaração unilateral de constituição:* se o beneficiado repudia a deixa, ou se a aceita, é outra questão; com isso não se bilateraliza o ato de constituição.

Se a espécie entra no ad. 1.679 do Código Civil, a atitude do herdeiro ou legatário tem a conseqüência ali prevista (cp. arts. 1.704 e 1.680).

2.INTERPRETação DA VERBA SOBRE PENHOR. Se o testador constitui penhor a favor de débito seu, sem dizer a quem toca o débito, a todos os herdeiros vai esse. Se a só um dos herdeiros deu o encargo de dar em penhor, tem-se, *na d'ávida,* que não lhe atribui a dívida com exclusão dos outros.

§ 2.572. Penhor legal

1. ESPÉCIES. Admitindo-se como penhor legal tanto *a)* o que deriva da lei como b) o que resulta de exercício de pretensão à constituição de penhor, a classe pode encher-se de diferentes espécies, que se incluem em *a)* ou em *lO.* Mas penhor legal, em senso estrito, apenas é *a).*

2.PRETENSÃO À CONSTITUIÇÃO DO PENHOR. O Código Civil, no ad. 780, permite que o credor pignoratício do ad. 776 do mesmo Código, "tomado o penhor" (o objeto está ao alcance de tais credores), peça (lá se diz "requeira"), "ato continuo", a homologação, apresentando, com a conta por menor das despesas do devedor, a tabela dos preços, junta à relação dos objetos "retidos", "pedindo" a citação dele para, em vinte e quatro horas, pagar, ou alegar defesa. O ad. 693 do Código de Processo Civil repete a regra de direito material.

Lê-se no Código Civil, ad. 776: "São credores pignoratícios, independentemente de convenção: 1. Os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito. II.O dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas".

Acrescenta o ad. 777: "A conta das dívidas enumeradas no artigo antecedente, n. 1, será extraida conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços da hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor".

A pretensão é a *pretensão a constituir penhor,* intermédia entre a *pretensão a executar por ato próprio* e a *pretensão a executar mediante exercício de ação executiva,* e entre a ação do ad. 298, VIII, com força executiva, e a de execução de sentença. Não perde o seu caráter de pretensão de direito material à eficácia do crédito pela constituição de garantia. Sem o exercício dela, há apenas o privilégio do ad. 1.566, VI, do Código Civil, que não depende da "tomada de posse", da "prenda", como diriam os velhos documentos portugueses. O penhor só se estabelece com a força formal da sentença constitutiva.

Diz o Código Civil, no ad. 778: "Em cada um dos casos do ad. 776, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da divida". Acrescenta o ad. 779: "Os credores compreendidos no referido artigo podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora" Precisa o ad. 780: "Tomando o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a homologação, apresentando, com a conta pormenor das despesas do devedor, a tabela dos preços, junto à relação dos objetos retidos e pedindo a citação dele para, em vinte e quatro horas, pagar, ou alegar defesa". Ressalta que se trata de pretensão a constituir penhor.

certo que, no ad. 779, o Código Civil, prevendo casos de urgência

("sempre que haja perigo na demora"), admitiu que os credores compreendidos no ad. 776 do mesmo Código possam "fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária". CLÔVIS BENILÁQUA *(Código Civil Comentado,* III, 350) considerou tal penhor como "constituído". O ad. 779 do Código Civil foi tirado do Projeto de COELHO RODRIGUES, ad.

1.667, que não permitia tal interpretação. "Efetivo" lá estava por "de fato", tanto que, após essa prenda, tinha o credor de se conformar com o pedido de homologação (ad. 1.667 do Projeto COELHO RODRIGUES, *verbis*

"conformando-se com as disposições seguintes"). O ad. 780 do Código Civil *continua* o ad. 779: haver perigo na demora é pressuposto material para a homologação; se não há esse perigo *(e. g.,* o devedor deu fiador, ou por outro modo satisfeita), a homologação fica afastada.

É de estranhar-se que a lei tenha considerado a *ação constitutiva de homologação do penhor* processo acessório.

~ Acessório de que processo? L Da ação futura executiva de penhor (Código de Processo Civil, ad. 298, IX) ou da ação de condenação? Seja como for, é inconstruível a acessoriedade. A própria competência é a do *fornm rei aitae,* e não a do domicílio do réu, ou a do ad. 138 (foro da ação "principal").

A respeito da expressão "hospedeiros", disse, com acerto, a 5~5 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 25 de fevereiro de 1944 *(R. dos T.,* 153, 253), que, "no estado atual da indústria hoteleira em que a hospedagem não se restringe ao fornecimento de pousada e alimentação, por isso que pode circunscrever-se a uma ou outra dessas situações, a simples ocupação do cômodo com os móveis do hóspede traduz também hospedagem, dando lugar, em favor do hospedeiro, ao penhor legal sobre os mesmos". Adiante, § 2.576, 4.

O locador tem de alegar e provar que a divida provém da locação (Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de são Paulo, 21 de agOsto de 1923, *R.* dos *T.,* 47, 385: "Se o crédito provém de outra causa, não existe o penhor legal, o pedido de homologação não pode ser atendido"). O penhor apanha todos os móveis que guarnecem o prédio locado (2.~ Câmara Civil, 20 de novembro de 1931, 84, 278), e não só a casa (2.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 9 de maio de 1939, *R. doa T.,* 128, 643, sobre animais das

estrebarias do prédio, instrumentos de jardim, etc.>.

Se os bens foram entregues a dono ou possuidor de prédio para os guardar, ficando a posse imediata com o guardador, não há locação, mas depósito. Se foram entregues as chaves, há locação, e não depósito, porque se transmitiu ao dono ou possuidor dos bens guardados a posse imediata (cf. 3.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de fevereiro de 1932, *R. doa* 2".., 82, 243). No ad. 776, II, do Código Civil, "dono" está por

"locador" (sem razão a 3.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de fevereiro de 1932, *R. dos* 2".., 82, 243).

Quem põe a invernar em fazenda alheia o gado não é *locatário.* O que paga não é aluguer. Nem se pode pensar em que tais animais guarneçam o prédio (3~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de novembro de 1932, *1?. dos* 2".., 85, 360>.

Se os bens são de terceiro, escapam ao penhor legal („La Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 27 de março de 1935, *R. dos* 2".., 98, 469) ; mas o terceiro tem o ônus de afirmar e provar que são seus.

É preciso atender-se a que há o penhor legal do art. 776, II, do Código Civil e o privilégio creditório do ad. 1.566, VI (Câmaras Civis da COrte de Apelação de São Paulo, 14 de setembro de 1934, *Á. .T.,* 32, 261; 3~8 Câmara Civil, 27 de novembro de 1936, 106, 82). O ad. 1.566, VI, dá privilégio especial „sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico nos prédios rústicos ou urbanos" ao credor de alugueres, "quanto às *prestações do ano corrente e do <interior".*

2 HOMOLOGação DO PENHOR. Diz o ad. 693 do Código de Processo Civil: "No caso de penhor legal, o credor requererá a homologação, instruindo a petição com a conta pormenorizada das despesas do devedor, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos para garantia da dívida". O processo da homologação de penhor legal oferece a particularidade de ser *inaudita altera parte,* com a alternativa, deixada ao juiz, de ser transformado em processo de relação jurídica processual em ângulo. Assim é que o art. 694 do Código de Processo Civil reconhece a homologabilidade de plano, tendo o ad. 693 do Código de Processo Civil silenciado sobre a citação; e a homologabilidade em processo com a estrutura do ad. 685. Em qualquer caso, são essenciais à petição: a> a conta pormenorizada das despesas do devedor; *b)* a tabela dos preços; e) a relação dos objetos "retidos" em garantia da dívida. Os dois primeiros requisitos provam a

divida; o terceiro, a prenda das coisas e a extensão dela.

fosse objetos somente podem ser aqueles de que fala o art. 776 do Código Civil. Não há execução de penhor fundada em tomada de posse (efetiva) sem homologação (sem razão Hugo Saias, *Comentários ao Código de Processo Civil,* VIII, 107 s.).

A exigência de ser ato contínuo o pedido de homologação é limite temporal à pretensão (de direito material) e deve ser apreciada pelo juiz, de plano, ou na sentença proferida no processo segundo o Código de Processo Civil, ad. 685 {cf. ad. 694). Lê-se no art. 694 do Código de Processo Civil: "Se o pedido não puder ser homologado de plano, o juiz, citado o devedor, procederá de acordo com o disposto no ad. 685". O processo ou é *inaudita altera parte* (arts. 693, 694, 1.~ parte), ou em relação processual em ângulo (art. 694, 2.2 parte). A citação é deixada ao juiz, que a ordena depois de cognição superficial do processo. Citado o devedor, tem ele quarenta e oito horas para a contestação. Contestado, ou não, o pedido, procede o juiz à instrução sumária, com produção de provas, dentro do tríduo. O juiz decide conforme os arts. 118 e 685 do Código de Processo Civil; mas tem de fundamentar a sua decisão (ad. 685, parágrafo único), ainda quando decida *inaudita. altera parte.*

A homologação de plano mostra bem que se atribuiu ao juiz apenas a verificação dos pressupostos dos arts. 776-780 do Código Civil e do ad. 693 do Código de Processo Civil. Poder-se-á pretender que a ação é declarativa; mas erradamente, porque o elemento constitutivo é evidente. A eficácia sentencial é *ex tune,* isto é, desde a prenda ou entrega.

ação constitutiva, com fraco elemento declarativo, a sentença, ainda quando haja contestação, não tem força de coisa julgada material. Ou se constitui o penhor legal, ou não se constitui. Por isso mesmo, a decisão contrária ao credor não impede que se lhe confira a ação executiva do Código de Processo Civil, ad. 298, VIII (se há os pressupostos para ela), nem que se lhe reconheça, em ação declarativa ou de condenação, a verdade da dívida. A ação declarativa do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não pode ir contra o julgado da ação de homologação de penhor porque a ação declaratória não pode *desconstituir.* A solução é *pagar;* e *repetir,* depois, em ação própria, a que a sentença declaratória pode servir, como serviria a sentença de improcedência na ação de condenação.

O elemento mais forte, depois do constitutivo, é o mandamental. Após, vem o executivo.

Estabelece o ad. 695 do Código de Processo Civil: "Homologado o penhor, serão os autos entregues ao requerente quarenta e oito horas depois, independentemente de traslado, salvo se, dentro desse prazo, a parte interessada houver pedido certidão". Homologado, de plano, o penhor, a sentença é definitiva e dela cabe apelação (ad. 820), que tem de subir nos autos, dando-se *às* partes certidão, ou não, no traslado, se o autor requereu entrega dos autos e certidão a outra parte. Se houve contestação, quando a lei diz "homologado o penhor" significa "transitada em julgado, formalmente, a sentença que homologou o penhor". Não se entregam os autos se, então, não ocorreu o trânsito em coisa julgada formal. Dificuldade surge se o cartório entrega os autos, no caso de homologação de plano, e sobrevém apelação. Só se pode obviar ao grave inconveniente não se dei*ando sair o processo do cartório antes de passar formal-mente em julgado a sentença que homologou de plano. É sentença como qualquer outra. *Áliter,* no caso do ad. 715 do Código de Processo Civil,, que teve outro fito.

4. RECORRIBILIDADE. O Tribunal de Apelação de Pernambuco (21 de fevereiro de 1941, *Á. F.,* 7, 97) tirou das expressões "serão os autos entregues ao requerente" que não há recurso da sentença que homóloga o penhor.

Não está isso na lei, nem, *de jure condendo,* se justificaria. O recurso não é o de agravo de instrumento (ad. 842, III), pois que o Código Civil, ad. 780, não concebeu a ação como preparatória, nem o fez o Código de Processo Civil, ad. 695 (sem razão, a 4□ft Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de fevereiro de 1945, .7?. *dos* 2"., 155, 684). O recurso é o de apelação.

Se a parte "interessada" (entenda-se o devedor) pedir certidão, os autos só se entregam ao credor pignoratício, ficando deles o traslado.

Estabelece o ad. 696 do Código de Processo Civil: "Não homologado o penhor, o objeto será entregue ao réu, salvo ao autor o direito de cobrar a conta por ação ordinária". O Código de Processo Civil refere-se, claramente, à ação ordinária. É o *quod vier-um que fit.* Se o credor tem titulo hábil para a execução *(e. g.,* art. 298, IX), a perda da ação de homologação de penhor não importa qualquer corte na força executiva do titulo. Inclusive tal fracasso pode ter resultado, apenas, de má instrução do processo, ou de não se haver satisfeito a exigência do "ato contínuo" (Código Civil, ad. 780). A sentença desfavorável na ação constitutiva não tem força material de coisa julgada. O que o credor não pode é cobrar a dívida pela ação executiva do ad. 298,

VIII, porque não se pode exercer pretensão a execução de penhor que não existe.

Não homologado o penhor, os objetos de que o credor se apoderara são entregues ao réu. Tal entrega não obsta a serem penhorados <Código de Processo Civil, arte. 300 e 927), ou arrestados (arte. 675, II, 676, 1, e 681), pela mesma divida, nem a que o credor exerça a sua pretensão de direito material, fundado no ad. 1.566, VI, do Código Civil, ou noutro texto de lei.

§ 2.573. Penhor judicial

1. PRECISÕES. Ou se põe como penhor legal o penhor em virtude de pretensão à pignoração nascida *ex lege,* ou se considera penhor judicial. Não é, porém, nesse sentido que havemos de falar de penhor judicial, mas sim naquele mesmo sentido que é o de hipoteca judicial (§§ 2.471 e 2.472).

2. FUNÇÃO JUDICIAL CONSTITUTIVA. Pode o juiz constituir penhor, qualquer que seja o objeto, nos mesmos casos em que poderia constituir hipoteca.

§ 2.574. Pouse e penhor

1.POSSE DO TITULAR DO DIREITO DE PENHOR. O titular do direito de penhor, se não se trata de penhor de direito pessoal, tem sempre posse, que lhe nasce da entrega da coisa, ou, em se tratando de penhor rural ou industrial, de constituto possessório. Se o penhor é sobre direito real limitado (penhor do direito de hipoteca, ou de penhor, ou do direito de exerci. cio do usufruto), não há posse: tudo se passa à semelhança da hipoteca. Se o crédito é pessoal, não incorporado, há posse dos documentos (ad. 791).

Quanto ao penhor sabre bens corpóreos, a entrega da posse é elemento necessário. Ainda quando se trata de penhor rural ou de penhor industrial, há transmissão da posse, porque o constituto possessório envolve a operação de que se falou no Tomo X, § 1.091: no instante em que A perde a posse e B a adquire, A obtém a posse imediata, ou a mediata não-própria, ou só a tença, Qu o serviço da posse (cf. Código Civil, ad. 769; Código Comercial, arte.

274 e 199).

2.POSSE IMEDIATA E POSSE MEDIATA. No art. 871 do Projeto primitivo dizia-se que "O penhor se constitui sobre uma coisa móvel, cuja posse compete ao credor, salvo no caso do penhor agrícola ou pecuário".

Ou se havia de ler: *a)* "O penhor constitui-se sobre coisa móvel, cuja posse *imediata* compete ao credor, salvo no caso do penhor agrícola ou pecuário, em que não tem ele a posse *imediata",* ou *b)* "O penhor constitui-se sobre coisa móvel, cuja posse *imediata* toca ao credor, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário em que não tem ele *qual.. quer posse".* A Comissão revisora (Projeto revisto, ad. 907) admitiu entrega da posse *imediata* ainda se pelo constituto possessório (ad. 907, alínea 2.8: "Esta tradição pode ser feita pelo mesmo modo por que pode fazer-se a da coisa móvel vendida, e ainda pelo constituto possessório", mas o titular do penhor agrícola ou pecuário não teria posse (Projeto revisto, ad. 908). Seria, portanto, e): "O penhor constitui-se sobre coisa móvel, cuja posse, *imediata* ou *mediata,* passa ao credor, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário em que ele não tem posse". Na redação final da Comissão especial da Câmara dos Deputados foi isso o que prevaleceu *(Trabalhos,* VIII, 111>. A alusão ao constituto possessório foi devida a emenda posterior. Ficou o ad. 769 do Código Civil, que ou se interpreta como em *a),* permitido, sempre, o constituto possessório, ou se interpreta como em *a),* porém se pré-exclui a entrega da posse pelo constituto possessório, salvo se trata de penhor agrícola, ou pecuário (ou industrial).

Assim, precisado fica o problema maior de interpretação do ad. 769 do Código Civil: ~ pode-se empenhar, fora dos casos especiais (penhor agrícola, pecuário, ou industrial), com a cláusula *constitucional* Noutros termos: ~ é vedada a cláusula *constituti,* salvo no penhor agrícola, pecuário, ou industrial?

Preliminarmente, observemos que não há credor pignoratício sem posse: ou tem a posse *imediata,* ou tem a posse *mediata,* devido a constituto possessório. Tem-se de saber se, fora do penhor agrícola, pecuário ou industrial, há, penhor com posse só *mediata.* No próprio penhor de créditos, o ad. 791 é expressivo.

No direito alemão, exige-se a *entrega material* (Código Civil alemão, § 1.205). Portanto, a transmissão da posse imediata. Pré-exclui-se a tradição pelo constituto possessório, porque, então, não se dá a posse imediata, só se atribui a posse mediata; e isso permitiria direitos

clandestinos de garantia, que só no momento do concurso de credores se descobririam, pondo em risco a segurança do tráfico. O argumento seria fraco se o transplantássemos para o direito brasileiro, porque há o ad. 771, 2.~ parte, do Código Civil que exige, em sendo particular o instrumento do acordo de penhor, que se registre para efeitos *erga omites*.

É inegável que em tudo isso há desconfiança do constituto possessório e, ao lado de tal desconfiança, bem parcos conhecimentos da sua função, e não mostrou tal temor o Código Comercial, no ad. 274: "A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (ad. 199)".

Temos, assim, nos penhOres mercantis a possibilidade do constituto possessório, como em matéria de penhor agrícola, pecuário e industrial, e não a temos em matéria de penhores civis.

§ 2.575. Penhor mercantil

1. CONCEITO. Penhor mercantil é o penhor que o comerciante, ou não, devedor, ou terceiro, constitui a favor de alguém, em garantia de dívida mercantil, e não o que alguém, devedor ou terceiro, constitui a favor de comerciante, como figurante em negócio jurídico habitual desse. A comercialidade verifica-se pela acessoriedade, e não pela qualidade de comerciante do devedor, nem pela habitualidade do ato de tomada de penhor, porque, ai, também seria preciso que ocorresse pressuposto de acessoriedade. Regem o penhor mercantil os arts. 271-279 do Código Comercial.

Pelo contrato de penhor, o devedor ou terceiro entrega ao credor bem móvel, corpóreo ou incorpóreo, em garantia de dívida (Código Comercial, ad. 271: „< O contrato de penhor, pelo qual o devedor, ou um terceiro por ele, entrega ao credor uma coisa móvel em segurança e. garantia de obrigação, só pode provar-se por escrito assinado por quem recebe o penhor"). A relação jurídica que surge é relação jurídica real, razão por que é elemento necessário à transferência da posse de titular de penhor, imediata ou mediata (pelo constituto possessório, que se admite em matéria comercial e nos penhOres agrícola, pecuário e industrial, portanto, aqui, em atenção à pessoa do constituinte do penhor). Lê-se no ad. 274 do Código Comercial: "A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (ad. 199)." Ainda estão, em conseqüência, todos os modos de transmissão da posse: a

tradição simples, a *brevi menu,* a *longa manu,* a constituto possessória, e a cessão da pretensão à entrega (Tomo X, §§ 1.066, 2, 1.067, 4, 1.080, 1, 1.084, 1.086-1.088, 1.064, 1, 1.066, 2, 1.067, 4, 1.074, 1, 1.080, 1, 1.084, 1.086-1.088; neste Tomo, § 2.569, 2).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de junho de 1919 *(R. dos T.,* 30, 203-205), entendeu que os figurantes podem estabelecer a natureza do penhor (se civil, ou se comercial) e, uma vez designado como mercantil, não se pode alegar, útil-mente, que é civil. Tal solução é insustentável. O negócio jurídico não se faz civil ou comercial a líbito dos figurantes. Posto que sejam raros os penhores mercantis, não há derimir se aos figurantes fazê-los mercantis quando o pressuposto de comercialidade não se apresenta.

O Código Comercial, ad. 271, *verbis* "em segurança e garantia de obrigação comercial", ateve-se ao *principio da contagiaçtto comercial ao direito acessório.*

2. PENHOR MERCANTIL E POSSE. O penhor mercantil não se estabelece (= não há direito real de penhor mercantil) se ao acordo de constituição não se junta a posse. Não há penhor, qualquer que seja, de bens corpóreos ou de bens incorpóreos dominicais sem tradição. O penhor mercantil pode fazer-se com a posse imediata indo ao outorgado, ou indo ao outorgado a posse imprópria, ficando ao outorgante a posse própria e a posse imediata, ainda que seja mediante constituto possessório.

Uma das conseqüências do que acima dissemos está em que, ainda se o penhor mercantil tem por objeto crédito, sem a entrega dos documentos (Código Comercial, arte. 199 e 274; Código Civil, ad. 791) não se perfaz (= não nasce o direito real do penhor).

§ 2.576. Pluralidade de penhores

1. CONCORRÉNCIA DE DIREITOS DE PENHOR. Se ocorre incidirem na mesma coisa dois ou mais penhOres convencionais (concorrência de direitos reais de penhor), tem-se de partir do princípio de que o grau dos direitos reais é o momento em que eles nascem: o direito de penhor, que nascera antes, passa à frente do direito de penhor que nasceu depois, ou dos direitos reais que nasceram depois. *Prior tempore potior iure.* Tal moniento é o momento relevante e decisivo ainda que o direito que pignoraticíamente se garante seja condicional ou futuro.

Aliás, já assim era no direito anterior *(L.* 9, pr., e §§ 1 e 2, L. 11, § 1, e L. 18, D., *qui potiores in pignore veZ*

hypotheca babeantur, et de bis, qui in priorgm creditorum locum succedunt, 20, 4). Se o crédito já existe e há apenas diferimento de eficácia (condição, término), é o crédito, e a sua eficácia futura, que se garante. Se o crédito ainda não existe, o que se garante é algum direito de que vai emanar o próprio crédito. Grave erro de O. WENIn"

(Die Lebre vom bedingten Recbtsgescbiift, 28), seguido por H. SCHORR (tlber die accessorische Natur des Pfandrechts, *Jahrbi2cber flir die Dogmatik,* 15, 15), foi o de afirmar que, ai, o penhor precede ao crédito. Veja Tomo V, §§ 539, 544 e 550.

Lamentavelmente, juristas há que confundem o penhor em garantia de crédito condicional ou a termo, que é penhor em garantia de direito expetativo e do direito expetado, com o penhor que se constitui condicionalmente, ou subordinado a termo.

Se o próprio direito de penhor é condicional ou a termo, então só ao implemento da condição ou ao advento do termo se irradia do negócio jurídico de penhor *(3.* BIERMANN, 642;E.MAENNER, *Das Sacbenrecht,* 466; H.

DUtNBuRG, *Das Elirgerliobe Recht,* 903; sem razão: G. PLANCK, *Kommentar,* III, 1171; F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 642; e H. EMMERICH, *Plandrechtskonkurrenzen,* 95).

A data da penhora e das outras medidas constritivas é que importa, sendo de notar-se que tais medidas de adiantamento de execução ou de segurança não se têm de registrar para se forrarem às constituições de penhor ou de penhora posteriores, de boa fé, ainda que a penhora tenha implicado pertinencialização do bem móvel. O

registro é reforçativo.

Os penhores das pertenças de imóvel também se escalam segundo o tempo da constituição (O. WABNEYER, *Kommentar,* II, 450), salvo se há transcrição, porque essa toma o dia em relação a quaisquer outros que se venham a transcrever.

2.PENHÓRES DO MESMO DIA. Se há dois ou mais penhOres do mesmo dia, tem-se de partir, segundo a importância dos créditos, o que se apurar (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 1169; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 641). Se transcrição é que é da mesma data, deve o oficial

do registro ter observado, por analogia, os arta. 205-209 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 206, Decreto n.

18.542, de 24 de dezembro de 1928, arta. 199 e 200), salvo incidência dos princípios acima referidos.

3. MODIFICação DE GRAU DO DIREITO DE PENHOR. A modificação do grau do direito de penhor é, no direito das coisas, ineficaz. Mas é eficaz no plano do direito das obrigaçôes, de modo que o promitente fica obrigado a tolerar que primeiro se satisfaça o outro credor, ou os outros credores. Tratando-se de penhora, ou de arresto ou de seqüestro (cp. H. EMMERICH, *Pfandrechtskonlcurrenzen,* 115 s.), a comunicação de vontade ao juízo, com a devida decisão integrativa do negócio jurídico, obtém eficácia de constrição real, executiva ou de segurança.

4. REGISTRO E CONCORRÊNCIA DE DIREITOS DE PENHOR. Se algum dos negócios jurídicos de penhor foi transcrito, a data da transcrição é que determina a eficácia *erga omites* do direito real, daí em diante; não, a sua existência. Tal situação de penhor pode, antes da transcrição, ou depois, servir de base à ação possessória ou à vindicação da posse (arE 521), ainda que não valha o negócio jurídico; e o direito de penhor pode ser oposto aos que o conheciam ou deviam conhecer. Se nenhum direito de penhor foi transcrito e o segundo ou terceiro titular estava de má fé, a ação possessória é exercível, se houve esbulho. Se compõem os pressupostos da vindicatória da posse, é invocável o art. 521. Não é a ação possessória que evita a constituição do segundo penhor; é a má fé, que atinge a posse, elemento necessário do penhor. Nem é a vindicatória da posse, é o fato da posse anterior, a que ocorreu perda da coisa, furto ou roubo. Se o segundo ou posterior credor estava de boa fé, mas houve *a non.*

domino o penhor, é ineficaz o negócio jurídico (art. 756) mas, se o houve ao dono, que antes já empenhara a coisa, tem-se de apurar a boa fé, e seria contrária ao sistema jurídico invocar-se a regra * *1% pari causa melior est condicio possidentis.* Não é a posse o que pesa; é a boa fé, não tendo havido, antes, a transcrição do penhor.

Ou são os pressupostos do art. 521. Temos, pois, que, se transcrição não houve, e o posterior outorgado do penhor ignorava que o outorgante, dono, já houvesse empenhado a outrem a mesma coisa: *a)* se não houve perda da coisa, furto ou roubo (arE 521), porque, se houve perda, furto, ou roubo, a posse é vindicável, ainda contra o

possuidor de boa fé (salvo se há aquisição da propriedade, *e. g.,* em se tratando de títulos cambiários), o posterior outorgado é credor pignoratício de grau anterior ao que está sem a posse, se tem a posse imediata; 19 se o penhor foi constituído com a cessão da posse mediata (art. 486), o direito real mais antigo vem antes do mais recente, a despeito da boa fé do outorgado posterior; o) se o outorgado posterior (C) ignorava uma das constituições anteriores de penhOres (A) porém não outra (B), o direito de penhor, que ele tem, vem antes daquele que ele ignorava e depois daquele que ele conhecia, ainda que o direito real conhecido tenha sido de constituição posterior ao que ele ignorava (= se A foi em março, B em abril e C em maio, a ordem dos graus seria B, C, A).

A contradição do Digesto quanto à ação publiciana, entre o proculeiano NERÁCIO e o sabiniano JULIÁNO, não mais tem relevo para o sistema jurídico brasileiro, em direito mobiliário; porque não se tem mais a ação publiciana para os bens móveis, somente se tem para o direito imobiliário. Na L. 14, D., *qui potiores in pignore habeantur et de bis qui iii priorum <meditorum locum succedunt,* 20, 4, PAULO disse que, se o que não era dono penhorou a dois a mesma coisa, em diversos tempos, prefere o primeiro (prior potior est), e se de divergbs donos o possuidor (Tomo XI, §). É de notar-se que o problema, hoje, é outro, porque o não-dono não pode empenhar (art. 756) e a eficacização a favor de um lhe daria o direito de penhor, se ao tempo dela ainda tinha posse, ou já a tinha. Duas eficacizações sucessivas são possíveis; mas o problema se reduz, então, ao de dois direitos de penhor concorrentes, conforme os princípios acima expostos.

Depois da transcrição, qualquer outorgado posterior a *doinino* não pode alegar que o outorgado que teve transcrito o seu título de penhor não tinha a posse, ao tempo em que se fez a transcrição. Somente o outorgado anterior pode alegar que o outorgado cujo título foi transcrito conhecia o *negócio jurídico* de penhor anterior em data de constituição. Qualquer discussão sobre datas de direitos de penhor dos quais nenhum fora transcrito ou relativa ao tempo em que ainda se não havia transcrito algum deles, é mera *quaestio tacti.*

(a> Em se tratando de penhor rural ou industrial, ou daquele de que cogita o Decreto-lei n. 7.780, de 26 de julho de 1945, art. 1.0, a posse mediata há de ser transferida pela pessoa que a tem e constitui o penhor, ficando-lhe a imediata, ou imediata que se mediatize. Tudo se passa à semelhança do que expusemos no tocante à posse imediata que se há de transferir, nos penhOres comuns, ao titular do direito de penhor que se constitui.

As crias dos animais empenhados são compreendidas no objeto de penhor; e os que forem comprados para substituição dos que morreram sub-rogam-se a esses. No Código Civil, o art. 787 apenas se referiu aos que foram adquiridos para substituição: "Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor". A intenção da substituição tem de ser provada. Entre titular do direito de penhor e empenhante ela se presume. Para que tenha eficácia em relação a terceiros, é preciso que se leve a registro declaração adicional ao acordo de constituição, com as características dos animais adquiridos. A Lei n. 492, no art. 12, § 2.0, complicou o conteúdo do art. 787 do Código Civil, e estabeleceu: "Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor, que se estende às crias dos empenhados".

Têm-se de separar as duas regras jurídicas: *a)* as crias dos animais empenhados são compreendidas no objeto do penhor *(verbis* "penhor, que se estende às crias dos empregados");

§ 2.576. PLURALIDADE DE PENHÔRES

b) os animais adquiridos para substituição dos mortos sub-rogam-se a esses.

Quanto às crias não é preciso que se faça qualquer registro. Quanto aos adquiridos, a declaração unilateral do devedor basta para a averbação. A declaração concernente às crias é aconselhável para se evitarem disputas; não é, porém, necessário para a eficácia em relação a terceiros.

(b) Penhor legal do art. 776 somente há quando se exerce a pretensão constitutiva (cf. KONRAD

EREISSELMETER, *Das Pjandrecht des Vermieters und Verpdchters im Konkurs,* 28; COULON, *Das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers,* 29. Basta que se trate de lugar em que se esteja, não basta o em que só estejam bens. O armário em que se põem roupas, o cofre de aluguer em que se guardam jóias e o vagão alugado em que se colocaram móveis ou mercadorias não se compreendem no art. 776, 1 e II *(e. g.,* L. FULD, *Das Mietrecht,* 172, M. MITTELSTEIN, *Pie Miete,* 11 s., e K. KREISSELMEYER, *Das .Pfartdrecht da Vermieters,* 8; sem razão, H.

SWER, *Das gesetzliche Pfandrecht des Verm.ieters, Verpdchters und des Gastwirts,* 8 s., e H. RUBNER, *Das gesetzliche Pfandrecht des Verin.ieters,* 12). Quanto a estradas de ferro, navios, aeronaves e mais veículos, só *leges speciales* podem dar penhor legal. De regra, têm os outorgantes

do uso ou transportadores direito de retenção, ou a entrega só se faz mediante adimplemento.

Os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito têm direito de exigir o aluguer que foi estipulado, ou admitido por uso, na falta de estipulação, podendo não dar salda aos efeitos enquanto não forem pagos, salvo se há "reclamação" contra eles, fundada no arE 93 ou no art. 94 do Código Comercial, em que a entrega é após depósito do aluguer (Código Comercial, art. 96). Com isso evita-se a injustiça da prestação prévia e a *exceptio non adimpleti contractus* funciona como encobrimento da pretensão à entrega, e não como direito de retenção (F.

SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhd tinisse,* 188; F. SCHLEGELBERCER, *Das Zuriickbehattungsrecht,* 101 e 148; P.LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einre de,* 335; sem razão: P.OERTMANN, *Das Recht Jer Schutdverhtiltnisse,* 183; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* ~ 3lY-35.~ ed., 112; O. WARNEYER, *Lehrbuch,* 1, 562). Direito de retenção há pelo que se deve fora do aluguer. O art. 97 do Código Comercial fala de "hipoteca tácita", se ocorre falência do dono dos efeitos; mas trata-se apenas de privilégio especial (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 102, II, e § 2.0). Quanto aos armazéns gerais, regem os mesmos princípios (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, arE 14; cf. arE 11, 2.0).

CAPITULO IV

CONTEÚDO DO DIREITO DE PENHOR

§ 2.577. Direito de penhor sobre bens corpóreos

1.PRECISÕES CONCEPTUAIS. Na exposição da matéria sobre conteúdo do direito de penhor, o que preliminarmente importa é dela separar-se o que somente concerne ao crédito garantido. A relação jurídica entre o devedor e o credor pode não ser real e na maioria dos casos não no é; e a de penhor pode não ter sido constituída entre devedor e credor (= empenhante não é o devedor). Por outro lado, convém reavivar-se o que dissemos sobre os direitos reais em geral e, particular-mente, sobre os direitos reais de garantia: a relação jurídica a que corresponde o direito de penhor não é entre o credor e o dono do bem empenhado, ainda quando devedor tenha sido o empenhante, é relação jurídica com sujeito passivo total, de modo que o dono do

bem, a qualquer momento, apenas é interessado na pretensão do titular do direito de penhor, que é pretensão *contra todos.*

2.DETERMINação LO OBJETO EMPENHADO. O objeto empenhado, por sua natureza, influi na determinação do conteúdo do direito de penhor. O ponto distintivo mais forte é aquele que concerne à infungibilidade ou à fungibilidade do objeto. Depois, no tocante ao penhor de coisas infungiveis, o ser imediata ou mediata a posse do titular do direito de penhor.

Lê-se no Código Civil, art. 770: "O instrumento do penhor convencional determinará precisamente o valor do débito e o objeto empenhado, em termos que o discriminem dos seus congêneres. Quando o objeto de penhor for coisa fungível, bastará declarar-lhe a qualidade e quantidade". Em se tratando de coisa não-fungível, tem-se de *irtdividuar* o bem empenhado. A determinação precisa do valor do débito é elemento comum a todos os penhOres, posto que só em princípio. Se a coisa é fungível, a qualidade e a quantidade é que importam.

A entrega da posse imediata é, em princípio, essencial ao surgimento do direito real de penhor. Há as exceções previstas em lei, no tocante ao penhor rural (agrícola ~e pecuário) e o penhor industrial.

O conteúdo do direito de penhor é variável conforme ainda não se venceu ou já se venceu o penhor.

3.PENHOR E CRÉDITO GARANTIDO-NÃO VENCIDO. *Antes do vencimento do penhor,* o devedor somente pode fazer a prestação ao credor, ou aos credores pignoratícios e cada um desses só lhe pode exigir que se lhes pague, juntamente; porque a prestação está gravada. Salvo se foi estabelecido diferentemente por ocasião do acordo de constituição, ou em virtude de pacto posterior, de que foi notificado o devedor. É importante a consideração, que aí se faz, porque o crédito empenhado pode vencer-se antes do crédito garantido pelo penhor.

Se tem de haver interpelação, ao credor é que cabe interpelar; não, ao titular do direito de penhor. Porém também aí pode haver cláusula ou pacto em contrário. O devedor tem de interpelar credor e titular do direito de penhor.

Há dever recíproco do credor e do titular do direito de penhor de colaborarem na interpelação. Se um deles é omissivo, pode o que quer a interpelação requerê-la ao juiz, com preceitação ao outro. Dá-se o

mesmo para a cobrança extrajudicial ou judicial.

4.VENCIMENTO DO PENHOR SOBRE CRÉDITOS. Depois de vencido o penhor, o titular do direito de penhor pode ir contra o empenhante e pedir que o juiz lhe adjudique o crédito para a sua cobrança ou para se dar por pago. A regra é que o titular do direito de penhor pode, extrajudicialmente, cobrar o crédito empenhado até a quantia com que se satisfaça, inclusive compensando (ERNST FUCES, *Juristieche Kulturkampf,* 159; KARL

SCHEFOLD, Das Einzugsrecht des Forderungspfandglãubigers *titia exigendi* beim *pignus nominis], Ãrchiv 11k die civiListiache Prazis,* 91, 278; sem razão, E. PFERSCHE, Ober Forderungapfandrecht, *Jherings Jahrbicher,* 65, 75 s.). O credor só por si não pode cobrar; pode interpelar o devedor para que pague ao titular do direito de penhor. Só a esse pode prestar o devedor. O titular do direito de penhor pode interpelar, com o dever de notificar da cobrança ao credor empenhante.

Com o recebimento da prestação, essa pertence ao credor empenhante e é penhor do titular do direito de penhor, salvo se ocorre adjudicação ou pagamento da quantia exata da garantia. Sobre a prestação, que não seja dinheiro, tem o titular do direito de penhor os mesmos direitos que teria se desse bem fosse o penhor.

Embora tenha havido notificação do devedor, se não mais havia relação jurídica de penhor, ou se nunca existira, a prestação feita ao que o credor cria titular do direito de penhor é pertencente, sem gravame, ao credor (TE. Kín, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 1224).

O direito de penhor de crédito apanha somente os interesses, a partir do vencimento. Salvo se foram pré excluídos no acordo de constituição.

Cobrado o crédito empenhado, o credor faz-se dono do que foi prestado e o titular do direito de penhor tem penhor sobre o recebido, razão por que se pode satisfazer até o valor da garantia, se trata de dinheiro. Se não é, tem-se de vender o que- foi recebido para se extrair o valor do crédito garantido. A sub-rogação é independente de ter sido notificado, ou não, ao devedor; de modo que o credor que recebe do devedor notificado fica na situação de quem recebeu o que não era *todo seu.*

5.DANOS CAUSADOS PELO OBJETO. O titular do direito de penhor

também pode exigir reparação do dano que sofreu por vício do objeto empenhado, como se o animal era doente e a doença se contagiou aos outros animais ou se o objeto não vivo, deteriorando-se, lesou outros objetos. É o que diz o arE 773 do Código Civil:

"Pode igualmente o credor exigir do devedor a satisfação do prejuízo que houver sofrido por vício do objeto".

O principio do art 775 não é invocável, nessa espécie, porque só se refere à indenização ao titular do direito de penhor, e não à indenização ao dono do objeto empenhado. A divida segundo o art. 773 só é compensável se já transitou em julgado a sentença condenatória.

6. REEMBOLSO DE DESPESAS. O titular do direito de penhor tem direito ao reembOlso dos gastos que haja feito no objeto empenhado. Responsável por essas despesas é o empenhante; ou, em segundo lugar, o dono do objeto empenhado, se o reivindica, ou recebe do titular do direito de penhor a posse, diretamente ou através do empenhante, aprovando as despesas, Então, há solidariedade.

A responsabilidade do empenhante é segundo o art. 1.279 do Código Civil; a do dono não empenhante, segundo os arts. 1.331-1.333, 1.337, 1.343 e 1.344 (gestão de negócios alheios).

O adquirente do objeto empenhado responde pelas despesas, posto que possa ter ação contra o alienante, que as ocultou. Se as despesas foram com peça ou pertença que possa ser retirada, o titular do direito de penhor tem o *jus tolle.ndi.*

7. PRETENSÕES E AÇÕES LIGADAS AO DIREITO REAL DE GARANTIA. O titular do direito de penhor é titular de direito real. Tem, portanto, pretensão contra quem quer que ofenda o seu direito, como teria o titular do direito de domínio. Tem a pretensão à entrega e a pretensão á cessação da turbação da posse, ações possessórias.

Tem a pretensão à entrega da coisa empenhada, que corresponde à *actio pigneraticia in rein* do direito romano.

Tem as demais ações por ofensa ao direito real, inclusive a ação de cominação.

§ 2.578. PenhOres de créditos mutilados ou com encobrimento de

eficácia 1. CRÉDITOS MUTILADOS E EFICÁCIAS ENCOBERTAS. Se ao crédito falta pretensão ou ação, ou se lhe foi encoberta a eficácia, ou se o foi à pretensão, ou à ação, mas, a despeito disso, o devedor solve a divida, o penhor recai sobre o que foi prestado, em sub-rogação real. Se a prestação foi da mesma natureza que a do crédito garantido, o titular do direito de penhor pode satisfazer-se. Se não foi, o penhor transformou-s0 em penhor de bem corpóreo ou incorpóreo dominical.

§ 2.579. DEVERES DO TITULAR DO DIREITO DE PENHOR

2.TRANSFORMação DO PENHOR. Se a prestação do crédito empenhado é diferente daquela que se havia de prestar quanto ao crédito garantido, o penhor transforma-se em penhor do objeto com que se solveu o crédito empenhado. Se mutilado era Asse, tudo se passa como se não fosse; idem, se havia encobrimento de eficácia.

§ 2.579. Deveres do titular do direito de penhor

1. DEVERES DO TITULAR, EM GERAL. O titular do direito de penhor, se o penhor se perfez com a tradição da coisa, ou, sendo penhor em que a entrega do objeto não é pressuposto necessário, se o penhor com a *clausula constituti* se transformou em penhor com posse imediata pelo titular do direito de penhor, tem o *dever de custodiar o objeto* e o de *restitui-lo,* quando se extinguir o direito de penhor. Além disso, há de abster-se de todos os atos que ofendam ou alterem o bem empenhado, inclusive de omissões nocivas.

Diz o Código Civil, art. 774: “O credor pignoratício é obrigado, como depositário: 1. A empregar na guarda do penhor a diligência exigida pela natureza da coisa. II. A entregá-lo com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida, observadas as disposições dos artigos antecedentes. III. A entregar o que o sobeje do preço, quando a dívida for paga, seja por execução judicial, ou por venda amigável, se lha permitir expressamente o contrato, ou lha autorizar o devedor mediante procuração especial. IV. A ressarcir ao dono a perda ou deterioração, de que for culpado”.

Acrescenta o Código Civil, art. 775: “No caso do artigo antecedente, n. IV, pode compensar-se na divida, até à concorrente quantia, a importância da responsabilidade do credor”.

2.DISPONIBILIDADE DO ART. 774, 1, DO CÓDIGO CIVIL. O art. 774, 1, que concerne à guarda ou custódia do penhor, é *jus dispositivum* (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 646; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4.s ed., 1183). O

dever é em relação ao empenhante, e não em relação ao dono ou titular de direito real limitado sobre a coisa, *como tal.* Em relação ao dono ou titular de direito real limitado sobre a coisa, o titular do direito de penhor é responsável como seria perante qualquer outro dono ou titular de direito real limitado; e o dono ou titular de direito real limitado tem as pretensões próprias do domínio ou do direito real limitado, como as de indenização e a de enriquecimento injustificado (1K. ROBER, J. *v. Staudingers Konvrnentar,* III, 1022; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 453).

8.RESPONSABILIDADE SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL, ALRT. 774, 1. O art. 774, 1, do Código Civil foi claro em dizer que o titular do direito de penhor responde como depositário. (Na falta de texto, a jurisprudência alemã decidiu no mesmo sentido.) A. culpa própria equivale a das pessoas a quem o titular outorga posse imediata, ou serviço da posse. Se o penhor é em composse com o empenhante, o art. 774, 1, incide. Se o objeto empenhado estava sob posse imediata de outrem quando o empenhante transferiu a posse mediata (imprópria), de modo que possuxdor mediato se tornou, próximo do possuidor imediato, o titular do direito de penhor, discute-se em doutrina sobre a incidência do art. 774, 1 e II. Afirmativamente, *e. g.,* KoNlu.D COSACK *(Lehrbuck,* II, 297> e KÃRL ROBER *(J. v. Staudingers Kommentar,* III, 1022 5.); negativamente, G. PLANGK *(Kommentar,* tu?, 1183) e O. WARNEYER *(Kommentar,* II, 453).

Se houve constituto possessório, cujo cabimento depende, no penhor, de exceção que a lei abra à exigência da chamada “tradição efetiva”, o art. 774, II, não cabe.

A cláusula de cuidados especiais, portanto fora do que resulta dos arts. 774, 1, e 1.267-1.287, é sem eficácia de direito das coisas (cf. O. PLANCK, *Komment ar,* III, 1183; KARL KOBER, *J. v. Staudingers Kommentar,* II, 1023).

No art. 1.278 do Código Civil diz-se que o depositante há de pagar as despesas feitas com o objeto depositado e os prejuízos que do depósito provierem. No art. 1.279, dá-se ao depositário, em tais espécies, direito de retenção, ou, acontecendo o que se prevê no art. 1.279, parágrafo único, caução idônea. No direito alemão, o § 1.216 do

Código Civil alemão afasta, ai, a regra jurídica sobre depósito (sobre isso, C. LUEDICKE, *Die obliqatorischen Verpflichtungen in Beziehung auf das Pf andrecht an be-weglichen Sa.chen,* 87). No direito brasileiro, a solução é diferente (Código Civil, art. 772, a e 2.8 alíneas: "O credor pignoraticio não pode, paga a dívida, recusar a 1~

entrega da cõisa a quem a empenhou. Pode retê-la, porém, até que o indenizem das despesas, devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua").

A infração do dever segundo o art. 774, 1, do Código Civil, dá ensejo: *a)* à pretensão e ação de indenização, que o empenhante proponha contra o titular do direito de penhor, por sua responsabilidade como depositário; *b)* à pretensão e ação de depósito cautelar (Código de Processo Civil, arts. 675, II, e 676), à custa do titular do direito de penhor; o) à pretensão e à ação de substituição do objeto empenhado. Tais pretensões e ações não tem o dono como tal nem os titulares de direito real limitado sobre o bem que outrem empenhou.

4.DEVER DE ENTREGA. No art. 774, II, o Código Civil diz que o titular do direito de penhor tem o dever de entregar o objeto empenhado "com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a divida, observadas as disposições dos artigos antecedentes"; e no art. 772 explicitamente estatui: "O credor pignoratício não poda, paga a divida, recusar a entrega da coisa a quem a empenhou. Pode retê-la, porém, até que o indenizem das de~pesas, devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua Desde o momento em que o devedor solve a divida, dá-se a sub-rogação real *(Res succedit in locum nominis):* a prestação passa a ser do credor, que a recebeu, mas gravada de penhor. Se a prestação é bem hipotecável, e não empenhável, o titular do direito de penhor pode exigir a inscrição da hipoteca; enquanto isso não se faz, o penhor é *averbável* com a escritura de transmissão, até que essa se transcreva, e suscetível de inscrição provisional a menção do penhor constante da escritura que há contê-la, como pressuposto de pagamento aos legitimados, dono e titular de direito de penhor.

Se a prestação foi em bens móveis que teriam de ficar em mãos do titular do direito de penhor, pode esse exigir que se lhe entreguem, porque, antes disso, é possuidor mediato como o dono, e não possuidor imediato, mediatizada a posse do dono.

Ao objeto do penhor podem advir acessões e com elas há de ser entregue: o objeto de penhor ficaria diminuído se lhe fosse retirado o

que a ele acedeu. Também os frutos têm de ser entre anticrética. Teremos ensejo de nos referiremos ao pacto anticrético, de eficácia pessoal.

5.VENDA DO BEM EMPENHADO, SOLUÇIO DA DIVIDA E SALDO. O Código Civil, no art. 774, III, diz que o titular do direito de penhor tem o dever e a obrigação ("é obrigado") "a entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, seja pela excussão judicial, ou por venda amigável, se lha permitir expressamente o contrato, óu lha autorizar o devedor mediante procuração especial". O direito brasileiro, na esteira do direito comum, permite a *venda varticutar* (extrajudicial) do objeto do penhor, se o devedor ou alguém não solve a divida, É preciso que tal cláusula conste do acordo de constituição do penhor, ou se expresse em procuração com poder especial para a venda particular. Nos casos em que tem de ser registrado, constitutivamente, o acordo de constituição do penhor, tem de ser registrada por averbação a procuração especial. Dispensa-se, assim, a ação executiva, sem que seja o caso de se ver no art. 774, III, do Código Civil justiça de mão própria: o legislador preferiu a figura da outorga de poder. Na espécie em que a cláusula está inserta no acordo de constituição, há poder de dispor da coisa alheia; na de procuração com poder especial de venda, há representação do empenhante.

A procuração pode ser antes do vencimento da dívida, ou depois.

A via normal para a extração do valor, com que se pague o credor, é a via judicial, segundo os arte. 298, VIII, 299-301 do Código de Processo Civil.

Posto que se pudesse, *de lege ferenda,* ver no poder de venda privada, outorgado fora do acordo de constituição, poder de dispor da coisa alheia sem representação, concepção que prevaleceu na doutrina alemã (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 1211; KAEL KOBER, *1. v. Staudingers Kommentar,* III, 1041; KARL MAENNER, *Das Sachenreeht,* 486), o direito brasileiro frisa a diferença entre o poder outorgado por ocasião do acordo de constituição e nele inserto e o poder outorgado fora do acordo de constituição. Ali, vendedor é o titular do direito de penhor; aqui, o dono do penhor, que o titular do direito de penhor representa. A distinção é assaz relevante em se tratando de vícios redibitórios.

A transferência da propriedade pelo titular do direito de penhor rege-se pelos mesmos princípios que a transferência da propriedade pelo dono. A posse transfere se segundo as regras jurídicas comuns,

inclusive pelo constituto possessório e a cessão da pretensão à entrega.

Para a venda particular há de o titular do direito de penhor ainda o ser; há de ser válido e eficaz o acordo de constituição do penhor, estar vencido o penhor; há de o vendedor observar o que se exige, em geral, aos mandatários (Código Civil, art. 1.800). Tem de buscar o justo preço, se é encontrável. Se há dois ou mais objetos empenhados, não pode vender mais do que os necessários a perfazer o valor do penhor. Se, de uma vez, vende mais do que deve, tem-se como infringente do dever a respeito de quaisquer dos objetos vendidos, se o acordo de constituição não deu a ordem em que os teria de vender. Se vende mais do que deve, separadamente, são contra direito todas as vendas posteriores à satisfação do credor: vendeu o que *já* não estava sujeito a penhor. O acordo de constituição ou a procuração com poder especial pode dispor diferentemente (KÀRL ROBER, *J. v.*

Staudingers Kommentar, III, 1038; 3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 508; sem razão: G. PLANCK, *Kowmentar,* III, 1206; H. EMMERICH, *P/ andrechtskonkurrenzen,* 508, nota 541).

O valor que se extrai é, primeiramente, para a solução da dívida: o credor paga-se a si mesmo. O que "sobeja", como diz a lei, é que há de ser entregue ao devedor, ou terceiro empenhante, ou dono atual do bem.

A procuração especial para vender regesse pelo mandato. É revogável. Só a pode outorgar quem é, no momento, dono do bem empenhado, razão para se cuidar, com atenção, dos efeitos em relação a terceiros.

6. RESSARCIMENTO DA PERDA OU DETERIORAÇIO DE QUE FOI CULPADO O TITULAR DO

DIREITO DE PENHOR. No art. 774, IV, o Código Civil diz que ao titular do direito de penhor correm o dever e a obrigação de "ressarcir ao dono a perda ou deterioração, de que foi culpado". Ao dono, diz a lei. Porém daí não se tire que ao empenhante não-dono não haja de indenizar.

Diz o ad. 775 do Código Civil: "No caso do artigo antecedente, n. IV, pode compensar-se na dívida, até a concorrente quantia, a importância da responsabilidade do credor". É preel porém que a indenização já se possa considerar nos termos dos arta. 1.010 e 1.011.

O titular do direito de penhor tem de indenizar o dano que causou vendendo objetos empenhados a mais do que era necessário, ou fora

da ordem de vendas que se estabelecera no acordo de constituição ou na procuração com poder especial.

O que se cria titular de direito de penhor sem no ser, por se tratar de objeto roubado ou furtado, responde e tem pretensões conforme os arte. 514 e 516, e não segundo o art. 159, nem como depositário (art. 774, pr., *verbia*

"como depositário"). Sobre isso, no sentido do que dissemos, G. PLANa *(Komment ar,* III, 1229), MÀRnN

WoLFF *(Lehrbuek,* III, § 166, nota 13); sem razão, O. WARNEYER *(Kommentar,* II, 467), que se deixou levar por um julgado mal concebido.

§ 2.580. PenhOres com constituto possessório

1. PENHORES EXCEPCIONAIS. Já dissemos que os chamados penhores sem posse são penhores em que o titular do direito de penhor é possuidor mediato, O constituto possessório serve a isso, O dono do bem empenhante, ou empenhante, é possuidor imediato e continua de ser possuidor imediato, dando ao titular do direito de penhor a posse mediata não-própria, ou Me mesmo é possuidor mediato próprio e possuidor imediato outra pessoa, como o locatário, ou usufrutuário, e faz possuidor mediato impróprio o titular do direito de penhor.

É possível que as posses imediata e mediata impróprias sejam entregues ao mesmo tempo e pelo mesmo ato, formalmente.

2.DIREITOS E DEVERES DO TITULAR DO DIREITO DE PENHOR SEM POSSE IMEDIATA. Os direitos e deveres do titular do direito de penhor sem posse imediata são mínimos, comparados com os direitos e deveres do titular do direito de penhor que tem a posse imediata. Todavia, no sistema jurídico brasileiro, tal titular tem posse, posse mediata imprópria, o que lhe atribui legitimação às ações possessórias, o que não se passa noutros sistemas jurídicos, É óbvio que lhe assistem as ações próprias do direito real limitado.

A respeito da posse é que se caracteriza a diferença entre o direito de penhor rural ou industrial e a hipoteca de navios ou de aeronaves. O titular do direito de penhor rural ou industrial tem direito à posse e tem posse, embora só mediata; o titular da hipoteca de navios ou de aeronaves, nenhuma posse tem, nem direito a ela.

§ 2.581. Penhores sobre créditos

1.CONTEUDO DO DIREITO DE PENHOR SOBRE CRÉDITOS. O conteúdo do direito de penhor sobre créditos é o mesmo do direito de penhor sobre bens corpóreos e bens incorpóreos domicilias. No direito brasileiro não há diferença entre a execução forçada de penhor sobre créditos e a execução forçada de penhor sobre bens corpóreos e incorpóreos dominicais.

Há, pelo menos, dois figurantes e terceiro interessado no penhor de créditos: a) o credor <constituinte do penhor) *b)* o devedor do crédito empenhado; e e) o credor do crédito garantido pelo penhor (outorgado da constituição de penhor). Quase sempre coincide serem a mesma pessoa o credor do crédito empenhado e o devedor do crédito garantido, porém pode acontecer que isso não se dê e então há: a) o credor do crédito empenhado (constituinte do penhor); ~» o devedor do crédito empenhado; *c)* o credor do crédito garantido; *d)* o devedor do crédito garantido.

As vezes, ocorre que a) e e) são a mesma pessoa <direito de penhor sobre crédito próprio), ou que e) e 6) coincidam <direito de penhor sobre dívida própria, *pignus debiti)* ; ou que a) e 6) coincidam direito de penhor sobre crédito confundido),

espécies que têm interessado à investigação científica <cf. H. C. HIRSOR, *Die tbertragung der Reehtsausuubung, 1,* 422 e.; A. Tua, *fie Vereignigung voi& Recta und Verbind. lichlceit beim Plartdrecht an Forderungen,* 140 s.; P. OERTMANN, Das Pfandrecht an eigner Schuld *[gignus debiti], Ãrckiv fUr dia civiUstisehe Praxis,* 81, 61 s.).

2.DOCUMENTOS E PROVAS. O titular do penhor de crédito tem a posse dos documentos (Código Civil, art.

791) e das provas concernentes ao crédito penhorado. O art. 791 é da maior importância. Por ele se sabe que o sistema jurídico brasileiro, ainda quando se trata de penhor sobre crédito, não dispensou o elemento da posse, embora redutido à posse dos documentos. Essa posse, imediata, pode ser mediatizada, como ocorre com os penhOres de bens corpóreos e incorpóreos dominicais, porém não se permitiu o constituto possessório onde não se abriu exceção ao principio do afastamento dele como tradição para penhor.

Posto que de penhor de crédito somente se possa falar se há crédito (= se alguém deve, cf. E. WEIOELIN, *PfiUtduttgtpfandrecl&t au Forderusgen, 49)* e esteja no patrimônio do empenhante (W. GEISELER, *Das Pfandrecltt au Forderungen,* 46), a notificação ao devedor cria-lhe o *dever* de declarar que não é devedor, para que o terceiro, outorgado do penhor, ou adquirente do direito de penhor, não tenha o silêncio como afirmação da existência do direito.

Não se pode dizer que o penhor de crédito pignoratício seja sempre penhor da coisa. Tratar-se-ia de dois penhores da mesma coisa, o que não é possível, dada à necessidade da tradição da posse ao credor pignoratício (Código Civil, art. 768)

não há primeiro e segundo penhor como há primeira e segunda hipoteca. O penhor de crédito pignoratício não é segundo penhor, no sentido de estar a coisa dada em penhor sujeita ao primeiro e ao segundo penhor; donde não haver a gradação, mas a sub.outorga.

O titular do direito de penhor sobre crédito pode, vencendo-se o crédito, receber o quanta do crédito, ou cobrá-lo (W.BUCHMÃNN, *Ániibttng des au eirtem Forderungsrechte bestshenden Pfasulreckt,* 18). Não se pode fazer credor (= cessionário do crédito), nem ceder o crédito a outrem (O. HoLLERUNO, *Das Pfaruirecht au Fordertugeu,* 49), nem o remitir, nem compensar <J. LAZARUS, Die *rechtliche Natur des Pfandreckts as Forderungeu, 9;* E. WEIGELIN, *Pfdndit#gsyfandrecht au Forderungeu,* 71 s.). Para que possa ceder o crédito empenhado é preciso que tenha havido cláusula a esse respeito.

O terceiro devedor pode compensar com o que o empenhante lhe deve, ainda que pague ao titular do direito de penhor; porque esse está a receber o crédito do empenhante. Não pode o titular nem o terceiro devedor compensar com o crédito que um tem contra o outro. Se um deles presta, compensando, o titular do direito de penhor responde ao empenhante como se não tivesse havido compensação, e essa é atacável por fraude contra credores ou outra causa.

Se foi permitida a cessão do crédito (Código Civil> ad. 802, IV), pode haver remissão, compensação, aceitação de dação em soluto, novação, ou recebimento de menos do que era devido. Se não há tal permissão ou outra especial, não pode receber apenas o que basta ao seu pagamento, dando quitação pelo todo. Se só recebe parte, pode ir cobrar o restante no concurso do terceiro devedor, correndo por conta do empeahante a diminuição sofrida com o pagamento percentual (cf. W. BUCUMKNN, *.4usiibung des au ejuem Forderuitftsrechte bestehendtlt PJ*

andrechts, 25 s.).

No caso de pluralidade de penhOres sobre o mesmo crédito> rege o principio da prioridade, conforme as notificações ao devedor. Solvida a divida a um, ao posterior cabe receber o que lhe toca. Até ser pago, o que resta do crédito lhe garante o crédito. Só o *prior creditar* pode cobrar, mas o que recebe não se faz seu além do seu crédito <cf. OTTMAR MOLLERUNG, *Das Pfasdrecht an Forderungefl,* 59). Se os penhOres são do mesmo grau, todos os titulares podem cobrar, segundo os princípios que regem a pluralidade de credores sem solidariedade. Se há dúvida sobre a prioridade, deve o terceiro devedor depositar o quanto devido.

A prescrição da dívida a que corresponde o crédito empenhado põe o titular do direito de penhor sobre crédito em situação de não poder cobrar, em lugar do credor empenhante, o crédito. Dai ter de prestar atenção aos atos que há de praticar, perante o terceiro devedor, para que se não consume a prescrição. Interromper o curso do prazo prescriptional pode ele; e é de seu dever interrompê-lo.

3. REMIÇÃO. Quem tem direito que pode ser ofendido ou perder-se pela execução pignoraticia pode remir o penhor.

Se há pluralidade de titulares do domínio, qualquer deles pode remir o penhor, no todo (Código Civil, art. 766). O

sucessor, entre vivos ou a causa de morte, que redime o penhor, sub-roga-Se, pessoalmente, ao titular do direito de penhor, no que solveu (ad. 766, parágrafo único). Os arts. 814 e 815 do Código Civil não se referem ao penhor, que é sempre remível, se a divida pode ser solvida antes do vencimento <cf. Código Civil, arts. 952 e 126). Não importa qual a espécie de penhor.

CAPÍTULO V

PENHOR SOBRE BENS CORPÓREOS

§ 2.582. Bens corpóreos em geral

1.REGRAS JURÍDICAS COMUNS. O penhor de bens corpóreos apresenta a particularidade de ser preciso que se dê a tradição "efetiva". O art. 769, 1.8 parte, do Código Civil não apanha os bens

incorpóreos dominicais, porque o penhor de propriedade intelectual ou de propriedade industrial (bens incorpóreos dominicais = bens incorpóreos a que o sistema jurídico atribui serem suscetíveis de *propriedade)* só se perfaz com o *registro.* Assim, os bens incorpóreos dominicais e os penhOres em que se permite a *clausula constituti* entram em classe à parte, no tocante ao empenhamento.

2.TRADIÇÃO EFETIVA. Lê-se no Código Civil, art. 768: "Constitui-se o penhor pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, ao credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de um objeto móvel, suscetível de alienação". A alusão à tradição "efetiva" é somente para se evitar o constituto possessório, que é, de regra, insuficiente e só excepcionalmente admitido.

Daí acrescentar o art. 769: "Só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor por efeito da cláusula *conatituti".*

Se o crédito relativo à prestação de bem móvel está gravado de direito de penhor e se faz a prestação, o titular do crédito gravado adquire a propriedade do bem que se prestou e o titular do direito de penhor o direito de penhor sobre Ele. DA-se, ai, *sub-roga pio real.* Qual o regime de tal penhor, depende do objeto (bem corpóreo, bem corpóreo a respeito do qual se permite o constituto possessório, bem incorpóreo dominical, bem incorpóreo consistente em crédito).

O que se exige que passe ao credor, para que se componha o suporte táctico do penhor, é a posse imediata.

Porém, se o credor se faz representar na posse simultaneamente, passa a Ele a posse imediata, mas mediatizando-se. A pessoa que recebe o bem empenhado recebe-a como possuidor imediato, derivada do representado a sua posse, ou como servidor da posse, caso em que não há pensar-se em posse de representante: quem recebe a posse é o credor mesmo, sem qualquer representação. A representação (5.8 e 6.8 Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26 de dezembro de 1939, *.R. de .1. B.,* 50, 284) e o serviço da posse não fazem a tradição não ser a "tradição efetiva" a que se refere o art. 768 do Código Civil.

o acordo de constituição é consensual, e não real. Para que nasça o direito real é preciso que haja o acordo de constituição, negócio jurídico de direito das coisas, *mais* a tradição efetiva de que fala o art.

768. De modo nenhum o acordo, de si só, é real, nem se pode dizer que o tenha de ser. O acordo pode ser agora, mais tarde a tradição; ou vice-versa ("Vai ai o diamante, ao chegar assinarei o acordo de constituição", dito contrato de penhor). impreciso, por se inspirar em comentadores bisonhos do Código Civil, o juízo da 1. Vara Cível do Distrito Federal, a 23 de setembro de 1940 *(R. F.,* 85, 142). Mais arguta a 5~8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 1.0 de agOsto de 1934 *(R. dos T.,* 94, 438): "...o documento básico da ação não passa de título particular de mútuo, no qual o devedor apenas acena com seus móveis para garantir o empréstimo do dinheiro que recebe. Mas não entregou Esses móveis, de sorte que não fez realmente penhor". Ai, houve mútuo (contrato básico), houve acordo de constituição de penhor (~ ou promessa de empenhar?), mas falta a tradição efetiva.

§ 2.583. Títulos ao portador

1.TRANSMISSÃO E EMPENHAMENTO. Se o titulo se transfere *ao portador,* o penhor também se constitui com entrega. Regem os princípios concernentes aos bens corpóreos.

Qualquer exigência a mais, que a lei faça, é apenas para eficácia em relação a alguém; mas, em boa técnica legislativa, seria desaconselhável.

Quanto ao conteúdo do direito de penhor, é de notar-se que o titular do direito tem de estar atento ao tempo em que se hão de exercer as pretensões e ações. AI, algo se passa à semelhança do que ocorre com o penhor de créditos. Não há *clausula cortatituti* para se transferir a posse ao titular do direito, posto que se possa transferir, com ela, a propriedade do titulo. Salvo se o penhor é mercantil.

Não se pode no direito brasileiro adotar solução *a priori* quanto à aquisição do direito de penhor pelo outorgado, que receber a posse imediata, ou a posse mediata. O que se pode enunciar é que, *se, na espécie, o outorgado do domínio adquiriria o domínio, o outorgado do direito de penhor adquire o*

-penhor. Se foi aberto concurso de credores, com exclusão do poder de disposição, o insolvente é tratado como o seria o não-dono (cf. M. BRADT, *Entstehung und Untergana des vertragsmii,ssigen Pfandrechts,* 41; cp. PAUL

NEUBURGER, *Der Schutz des gutgldubigen Pfandrechtser'werbs,* 43). Não

se protege a boa fé que não consista em se crer proprietário o empenhante *(e. g.,* só se crê em que tinha procuração), nem é protegido o que crê em que os bens eram do locatário ou em que existia locação (cf. B. F. VON EIU"rA, *Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters,* 86; II. HIRSCHFELD, *Das F/andrecht des Verrnieters,* 30).

O papel da boa fé é restrito aos títulos ao portador cambiários e cambiariformes, assim no tocante à transmissão como no que tange à constituição do penhor. Se o titulo ao portador é cambiário ou cambiariforme, o outorgado, que cria tratar com pessoa com poder de disposição, adquire o direito de penhor *a non domino* como adquiriria a propriedade o outorgado de transmissão da propriedade que acreditasse adquirir a pessoa com poder de dispor. Se a tradição é *brevi manu,* o poder de disposição ou a boa fé deve existir no momento do acordo de constituição. Se o caso é de cessão da pretensão à entrega, desde o momento do acordo de constituição até o em que se notifica o terceiro, inclusive.

2.INCIDÊNCIA no ART. 792 Do CÓDIGO CIVIL. O art. 792 do Código Civil é invocável pelo titular do direito de penhor sobre títulos ao portador. O poder que tem o titular, com base no art. 791, III, não é o de procurador especial, mas poder de disposição da coisa de outrem, como acontece no caso de penhor de outros bens corpóreos em que se atribuiu ao titular, no acordo de constituição, vender particularmente o objeto empenhado (ad. 774, III, 1.8 parte). A lei diz (ad. 793, III) "como se deste fora procurador especial", e não "como procurador si especial".

"Como se" não é "como

Vencido o título ao portador, sem ser pago, ao titular do direito de penhor cabe cobrá-lo, executivamente, se trata de titulo executivo. Se não se trata de titulo executivo, pode ser vendido judicialmente, ou particularmente, se é o caso. Se, ao vencer-se o penhor, não está vencido o titulo ao podador, a solução é propor-se a ação executiva do art. 298, VIII, do Código de Processo Civil, ou se foi inserta no acordo de constituição cláusula de venda particular, ou sobreveio procuração com poder especial de venda particular proceder-se à venda particular, conforme os princípios já expostos.

§ 2.584. Titular à ordem

1. TRANSFERÊNCIA E EMPENHO. São empenháveis os títulos

endossáveis como são transferiveis os direitos sobre ele. Para o penhor de títulos endossáveis é de mister que haja

o *acordo de constituição* do *penhor* sobre o título, mediante o endosso, seguido da entrega do título, simultâneo a ele ou apos a entrega. Pode-se endossar sem ainda se haver acordado na constituição do penhor *(e. g.,* A endossou e pôs no cofre o titulo, para entregá-lo a quem lhe empreste o dinheiro de que precisa, mediante penhor do título endossável). Pode-se acordar na constituição do penhor sem ainda se haver endossado, mas esse acordo ainda é *promessa* de endosso e entrega. Pode-se acordar na constituição do penhor e fazer-se endosso, sem ainda se entregar o título à ordem. Entrega, endosso e acordo de constituição de penhor são elementos essenciais. Todavia, se houve endosso e o titulo foi às mãos do endossatário (inclusive às mãos de qualquer pessoa, se o endosso foi em branco), quem o adquira de boa fé, mediante cadeia ininterrupta de endossos, adquire o penhor, como adquiriria a propriedade do título.

O endosso pode ser *completo* <Volundossamente). endosso transmissivo, ou somente endosso-penhor. Não é preciso, portanto, que se explicite tratar-Se de endosso-Penhor. Não basta, de modo nenhum, o endosso-mandato.

Endosso-Penhor é o endosso em que se diz só ser para o empenhamento de titulo. pasta o endosso transmissivO

ou o endosso~penhor em branco, salvo incidência de *lex specialit.*

2.INCIDÊNCIA DO ART. 792 DO CÓDIGO CIVIL. Como respeito dos títulos ao portador, o ad. „792 incide.

À semelhança do que ocorre com o penhor dos outros bens corpóreos, para a extração do valor do titulo empenhado não se vende judicialmente O objeto, nem particularmente, antes do vencimento do penhor, executa-se o titulo à ordem, se vencido. Supõe-se que se trate de *título executivo.* Se o titulo não é executivo, pode dar-se a venda judicial, se não pago.

Se, ao vencer-Se o penhor do título à ordem, não estava vencido o titulo, a ação de execução forçada é que cabe segundo o ad. 298, VIII, do Código de Processo Civil.

Os *warraitts* são um dos dois títulos que os armazéns gerais emitem quando recebem em depósito mercadorias, produtos agrícolas ou industriais para serem guardados, conservados ou beneficiados.

Títulos negociáveis na praça, com a particularidade de serem os conhecimentos de dep6sito títulos de domínio e os *worrants* títulos de direito real de garantia. Mediante o endosso, o *warrant* circula, inclusive, se o endosso é em branco, ao portador.

O primeiro endosso declara o quanto do crédito garantido pelo penhor da mercadoria, ou produto, a taxa de juros e a data do vencimento, indicações essas que se transcrevem no conhecimento de depósito e são assinadas pelo endossatário do *warrant.* O *warrant* incorpora o direito real de garantia, o penhor.

Por vezes os penhores sobre títulos incorporantes ou sobre títulos representativos recaem em títulos dotados de ação executiva real. Então, há duas ações executivas reais, a do penhor (ação executiva pignoratícia) e a do titulo sobre o qual incidia o penhor.

Teremos ensejo de tratar das cédulas rurais pignoratícias da nova legislação (Lei n. 3.253, de 28 de agosto de 1957) e das cédulas rurais hipotecárias, que o mesmo estatuto regulou, todas dotadas de ação executiva real.

Nisso, são inconfundíveis com a nota promissória rural, de que se não irradia ação executiva real.

CAPITULO VI

PENHOR SOBRE BENS INCORPÓREOS

§ 2.585. Bens incorpóreos em geral

1.PRINCIPIO DA EMPENHAEILIDADE DO ALIENÁVEL. O princípio de poder ser empenhado o que pode ser alienado levaria, como levou, à concepção do penhor sobre bens incorpóreos, embora aqui e ali surgissem dificuldades à extensão dos princípios concernentes ao penhor de bens corpóreos ao penhor de bens incorpóreos, ou de alguns deles. A evolução operou-se até os direitos de propriedade intelectual ou industrial, de criação mais recente. Quanto aos penhores sobre direitos de crédito, algo se passou que toca ao conteúdo mesmo do direito de penhor: deu-se ao titular do direito de penhor meio mais rápido e óbvio para satisfação do crédito que o penhor sobre crédito garante (Código Civil, art. 791, IV, 1.8 parte).

Teremos ensejo de mostrar que o pensamento romano chegou à própria concepção do penhor sobre direito de penhor.

2.ORIGEM DO PENHOR DE DIREITOS. O penhor de direitos vem-nos da época imperial romana. Em primeira plana vinha e vem o penhor sobre créditos, o *pignus nominis.* Em verdade, o credor outorgava poder de exercer a ação do devedor contra o devedor desse em proveito próprio, mais do que se tratasse de cessão em garantia, que se exercia com a *adio mandati* ou a *adio utilis.* Se o crédito empenhado era liquido, o titular do *ptgnus nominis* podia pedir ao devedor do devedor o quanto do seu crédito, para solver o que o empenhante lhe devia. Se o crédito empenhado não era de restação de *outro* objeto, tinha-se de primeiro vender o bem prestado para se poder solver a divida do empenhante (PAULO, L. 18, pr., O., de *pigteratitu> actiofle veZ contra,* 13, 7:

“Si conveneflt, ut nomefl debitoris mel pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conveutio, ut et te in exigenda pecunia et debitarem adversus me, si cmxl cO experiar, tueatur. ergo, si id nomeIl pecuniarium fuerit, exactalfl pecunialli tecum pensabis, si veTo corpol‟i5 alicuhla, id quod acceperia erit tibi pignoris loco”.

3.ESTRUTURA JURÍDICA COMUM. A despeito da diversidade de objetos, O diferentes penhores apresentam certa unidade de estrutura o direito é direito a satisfação com o *valor* do objeto, se o ortogante não solve a dívida; direito real, de modo que se pode alienar o objeto empenhado. e todos, e não só o empenhante, são sujeitos passivo na relação jurídica de penhor, que é real. A relação jurídica é real, ainda que o objeto do penhor seja direito pessoal (sem razão, B. WINDSCHEm, *Lehrbtwh,* 1, § 227, nota 8; E. P. BItEMER, *Das i>fandreeht uval die Pfandsobjekte,* 88 s.; E PFÀFF, *Geld ais Mittei pfandrechtkthr Si~*erStCliUflY.* 14; cp. „A. EXNZR, *Kritik da Pfandrechts’ begriffs,* 22; 3. G. MANSEACH, *Der NiessbTatI~Ck an Forderungefi.* 5 ~).

fi 2.586. Penhor de direitos incorpóTCOS domifliCBlS

1. DISTINÇIO pRÉVIA. Os direitos incorpóreos domiciliais são sobre *res jiworporales.* Já antes se impôs (A, 1) o regime dos penhOres sobre bens corpóreos que não são títulos, ficando entre esse regime e (B, 2) o dos penhOres sobre créditos (direitos pessoais) os penhOres sobre títulos ao portador e títulos endossáveis (A, 2) e o dos direitos

incorpóreos dominicais (A, 1).

A propósito de bens incorpóreos domiciliais há o penhor do direito autoral de reprodução (Tomo XVI, §§ 1.871, 2, e 1.895), o penhor de patentes de invenção (§§ 1.945 e 1.947), dos modelos de utilidade (§ 1.979, 2) e dos desenhos e modelos industriais (§ 1.998, 3).

O direito de autor (direito autoral de exploração) ~ empenhável. O registro é para eficácia real. Dá -se o mesmo em relação aos direitos de propriedade industrial (lUCRAR» HORN, *Rechtd* ais *Objecte* da *Ffandrtchts, 94* si.

§1 2.585-2.5w. PENHOR SOBRE BENS INCORPÓREOS

2. DIREITOS REAIS LIMITADOS. A enfiteuse é suscetível de hipoteca, não de penhor. Trata-Se de bem imóvel, em virtude de regra explícita no sistema jurídico brasileiro. Seria romovil rio intempestivo falar-Se de penhor de enfiteuse (cp. L. 31. pr., D., *de pignorib9M et hnothCGU eL quoliter sa controjtafltur et de pactis eorutfl,* 20, 1; E 16, § 2, D., *dc pigtWTatiOlSl actiaite veZ contra,* 13, 7).

o exerdídiO do usufruto é suscetível de penhor; não o usufruto mesmO, que é inalienável (MARCIANO. L. 11, §

2, O., *de yignoribfl et h.ypotheCIS et qualite?* eti *contrahafltur* a *de pactis eoru?fl,* 20, 1 >.

Quanto às servidões, as urbanas não eram, em direito romano, empenháveis (MARCIANO. L. 11, § 3, O., *de qngnortbus et Jt,rpothedts et qzwliter ca contreiMfltur et de pactis eorum,* 20, 1). Talvez, no fim da época clássica, as rústicas (L. 12); há argumentos contra a empenhabilidade delas durante toda a época clássica *(e. g., 8.*

PSROZZI, *Istituziofi' di Diritto romano,* 1, 2? ed., 765), mas sem razão <E. RtBEL, *Grundi«ge da rihni.SChSfl Privatrtchts.* 495; PAUL JÕES, *RflrafSCheS Privtitrecht, 3ª* ed., 162). Tudo leva a crer que as opiniões, no fim da época clássica, se dividiam. O credor pignoratidio usava a servidão. ~Podia aliená-la?

No direito brasileiro, com a interpredialídade da servidão e os princípios pendentes quanto à transmissão (Tomo XVIII, § 2.198, 5), não há pensar-se em penhor da servidão.

A própria renúncia à servidão somente aproveitaria ao prédio

serviente.

O penhor do penhor, o *yig~«~ pignori daturft,* ou *sztbpigfusS* (expressão estranha às fontes, cf. HEIMBACU, RechtSlCX~on, VIII, 75), baseou-Se em texto interpolado de MARCIANO (L. 13, § 2, O., *de pignorib'M et hvpothCCiS et quauiter ca ~07~tflLhGflt«r et de pactis eorvn,* 20, 1). Não era, para alguns, mais do que *pigflus nominit* penhor do crédito garantido pelo penhor (cf. PAUL JÓRS, *RômiSChCS Privatrecht,* 3? ed., 1.62). Não assim, para outros; pois o titular do *pigflulS tW1fli~fl~* teria a *adio in persoflatfl* contra o devedor ft favor de cuja divida se constituiu o penhor. e não poderia impedir que aquele solvesse a divida diretamente ao credor que deu em penhor o crédito (HEIMBACM. *RechtSUXikOl'I,* viii, 15); seria o *pignhtS pigfloflldatum* segundo penhor da própria coisa, e não do "direito" de penhor (K AD. VON VANGEROW, *Lehrbuck der Fandekten,* 1, § 368; R.

SOHM, *fie Lehre von* subpignus, 57; F. P. BREMER *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte,* 41 e 216).

O texto que se atribui a MARCIANO (L. 13, § 2) diz: "Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum noinine utilis acUo danda sit an non: quid enim, si res ~oluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, culus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem".

Tendo-se admitido que se possa receber em penhor coisa empenhada, quando se devem uma e outra quantia, fica o penhor obrigado ao segundo credor e têm de ser dadas a ele assim a exceção como a ação útil. Mas, se o dono pagar o penhor, extingue-se também o <segundo) penhor. O mesmo não ocorre se o que é objeto do crédito garantido pelo segundo penhor não é o mesmo objeto do crédito garantido pelo primeiro penhor. Então, o penhor persiste. Daí o dito de POMPONÃO: se é devido dinheiro e o crédito foi empenhado, cobrado aquele, solve-se a divida; se não, o que se pagou fica, como penhor, em poder do segundo credor.

§ 2.587. Penhor de direitos pessoais

1.OBJETO DO PENHOR DE DIREITOS. Os arts. 768 e 769 puseram claro que o penhor, de ordinário, só se refere à garantia real que se presta com a coisa corpórea ou incorpórea dominical (art. 768, *verbis* "tradição efetiva", "objeto móvel, suscetivel de alienação"; art. 769, *verbis* "posse da coisa móvel"). Todavia, direitos pessoais podem ser objeto de penhor. O que se há de exigir, assim ao penhor de coisa corpórea como ao de bens incorpóreos, é a transferibilidade do direito. Não se empenha o que não se pode transferir; porque empenhar é prometer transferir, se não se solve a divida. Ê preciso, outrossim, que o direito tenha valor por si; se não no tem, não pode ser empenhado, nem penhorado. Não é suscetível, por exemplo, de penhor, nem de penhora, a pretensão à partilha, ou à divisão (O. WnNEYER, *Kominentar,* II, 483).

Quanto à posse, a entrega dos documentos é elemento essencial, conforme se exige no art. 791 do Código Civil:

"Esta caução principia a ter efeito com a tradição do título ao credor, e provar-se-á por escrito, nos termos dos arts. 770 e 771". o acordo de constituição, ou o acordo de constituição e o registro, se há, somente começam de surtir efeito real (= a produzir direito real de penhor) com a tradição dos documentos. Esses documentos são os que concernem ao acordo de constituição e ao direito de crédito que se deu em garantia.

A quota em sociedade de responsabilidade limitada é direito empenhável. Também o é o direito desmunido de pretensão, ou o direito e a pretensão sem ação (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4ª ed., 1284). Idem, o próprio crédito do devedor contra o credor (O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 483).

Direitos futuros são empenháveis, desde que *cessiveis.* O que importa aqui é verificar-se se poderiam ser cedidos; se *já* se podem ceder, o penhor é permitido.

A propósito do penhor de créditos o que mais se discutiu foi a sua própria natureza. Pondo-se fora de exame a doutrina que negava se pudesse empenhar crédito, houve *(a)* as que nele viam direito sobre direito e (LO as que apontavam na figura a cessão. Quanto a *(a),* acordaram J. O. MANSEACE *(Der Niessbrauch an Forderungen,* 5

s.), A. ExNn *(Kritiic des Pfandrechtsbegrif~s,* 22), O. „HANAUSEK *(fie Lekre vora uneigentlichen Niessbrauch,* 42 s.), H. EBERHARDT *(fie Verpfândung von Forderunben, 9),* H. BUCHKA *(De pignoris nominis, 8),* SPIEGEL *(De Jure pignoris atque singiflatim sub pigno ris specie natura,*

20 s. e 40), J. KOHLER (1 > 1

andrechtliche Forschungen, 44 s.), R. STAMMLER *(Der Niessbrauch an Forderungen,* 22 s.). Mas estalou a discordância sobre se o penhor de créditos é a) direito real, ou *b)* pessoal, separando-se, então, a favor de *a),* C. II.

C. TROTSCHE *(Das Verpfdndungsrecht des Pfandgl&ubigers,* 82, 113 s.), F. P. BREMER *(Das Plandrecht und die Pfandobjekte,* 80 s., 156 s.) e F. C. GESTERDINO *(tiber die Schutdverbindlichkeit,* 10 s., 43, 46, 47). Se a lei concebeu o penhor de crédito e o fez no direito das coisas, argumenta-se, só o podia ter como direito real, e não como direito pessoal. Além disso, a eficácia que se lhe atribuiu foi e é *real.* Se no direito romano a principio só se pensou em *adio utilis in personam,* tal fato apenas revela a imperfeição inicial do instituto. Para o efeito do empenhamento, tratou-se e trata-se o crédito como *res.* Contra a) e a favor de b), alega-se que *Nemo pita juris transf erre potest quam ipse ha.bet* (L. 54, D., *de diversis regulis juris antiqui,* 50, 17) e que na L. 3, § 1, D., *de pigrtoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum,* 20, 1, se diz que "creditor plus habere non potest quam habet qui pignus dedit", objeção de 3. UNGER *(S'ystem,* 1, § 61). Também se argijiu que, se todo poder sobre crédito se tornasse direito real, o próprio credor o teria (J. LAzAItUs, *Die rechtliche Natur de., Pfandrechts ais Forderungen,* 2). A teoria do penhor de crédito direito pessoal foi a de B. WINDSCHEID

(Lehrbuch, 1, § 48 a), R. SOEM *(Die Lehre vom* subpignus, 45), M. WITrELSHÔFER *(Das Pfartdrecht ais einer Forderungen,* 57) e E. MÍJLLER *(Forderungspfandrecht und Siche'ntngscession,* 15).

A *teoria do penhor de créditos cessdo* mal encobria a regressão à prática i»icial das transferênciss em garantia, a despeito dos esforços de CHE. F. MOELENERUCE *(Lehre vois der Cession der Forderungsrechte,* 522), PE. E.

HUSCHKE *(De pignoris nornánis,* 17 e 33), E. GAUP? *(De rtoininis pigreore,* § 6) e tantos outros. As fontes não falam de cessão eventual ou condicional, nem aludem a *procuratio is rem suam;* sempre se cogita do *pignus nominis* como instituto independente, típico (STÕCKER, *tYber die Grnndsdtze der Lehre vom Pfandrechte* as *Forderunges,* 356). Os que invocaram a L. 4, C., *<pias res pignori obligari possunt vel nos et qualiter pignus costrahatur,* 8, 16 (17), a favor da teoria da cessão não a entenderam bem e tomaram as palavras "si debitor is satis non fecit cui tu credidisti" como referentes à constituição do penhor, em vez de à eficácia, à ação, como está na fórmula da *actio hypothecaria* (cf. R.

SOEM, *Die Lehre vom* subpignus, 44; G. Macus, *Die Verpfdrtdung ausstehender Forderunges,* 13).

2. PENHOR E DIREITO EMPENHADO. O penhor de direito é direito real, pertence ao direito das coisas; o direito empenha do pode não pertencer, e de regra não pertence ao direito das coisas. Toda assimilação de um a outro pode ser falsa. Não é de admitir-se o que escreveu, por exemplo, MARTIN WOLPF *(Lehrbuch,* III, § 176, 655 s.), sobre ter o mesmo caráter que o direito gravado o direito de penhor (= direito de penhor sobre crédito é crédito; = direito de penhor de direito do fideicomissário é direito expectativo). Ganha a doutrina em repelir tais afirmações.

Toda assimilação do penhor de crédito à cessão contém contradição: quem empenha não cede; ceder é mais do que empenhar. Quem cede em segurança emprega meio que excede o fim; quem empenha crédito não faz mais do que se valer do meio adequado ao fim. A própria cessão co-opcionada *(Icooptierende Cessios),* de que lançou mão KONRAD HELLwIG *(Die Verp/dsdusg und Pfdndusg vos Forderunges,* 57 e.), desatende a que tal cessão não é mais cessão (E. KLEINER, *Die rechtliche Natur des* pignus nominis, 61; H. MOLLER, *Forderusgspfandrecht und Sicherungscessios,* 15). A cessão em garantia, essa pode existir como qualquer transferência em segurança (cf. SKONIEriKI, Die sicherstellende Hypothek, *Gruchota Beitrâge,* 27, 415 e.), sendo exemplos o *pignus iráegulare,* o endosso do título sem se dizer que é endosso-penhor. O art. 765 não veda tais cessões (KÃutL LINCKELMANN, Dita Sicherheitstibereignungen, *Ãrchiv flir Bitrgerliches Recht,* VII, 212

5.; sem razão, RONRA» HELLWIG, *Die Verpfttindung und Ffdndung von Forderunges,* 369, e G. A. LEIST, *Die Sicherung vos Forderusges durch tlbereignung vos Mobilies,* 69 a. e 85 s.), salvo *trans legis,* o que nem sempre ocorre, devido a se ter transferido desde logo a titularidade, com todas as conseqüências. Por outro lado, é preciso que se não trate de procura para que haja cessão em segurança. A própria anticrese é inconfundível com o usufruto em segurança.

3.PENHOR DE DIREITO REAL. O usufruto não é suscetível de ser empenhado; quer se trate de usufruto de direito de família, quer de usufruto de origem negocial. Porque o usufruto é incessível (art. 717, 1.‟ parte). Mas, no direito brasileiro, o direito ao exercício é cessivel, se de origem negocial (art. 717 2.‟ parte). Portanto, empenhável o direito a ele.

§ 2.588. Títulos nominativos não-endossáveis

1. PRINCIPIO GERAL. Os títulos nominativos inendossáveis empenham-se pelo mesmo modo por que se alienam. Tal o principio.

É interessante observar-se que o Código Civil, art. 790, equipara ao penhor a caução de "títulos" de crédito pessoal, incluídos os direitos de crédito pessoal, que se não inserem em títulos. Há certa impropriedade no art.

790, que diz: "Também se equipara ao penhor, mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de títulos de crédito pessoal,,

No art. 791 do Código Civil acrescenta-se: "Esta caução principia a ter efeitos com a tradição do titulo ao credor, e prova-se por escrito nos termos dos arts. 770 e 771". Fez-se pressuposto necessário a tradição do titulo ou do documento da divida. Não se falou disso a respeito da cessão desses mesmos créditos. *A entrega do papel* titulo ou documento *é elemento essencial.* Não basta o acordo de constituição. Em conseqüência, ou se exige o registro como elemento suficiente, ou é preciso que se dê a entrega do instrumento do crédito empenhado. Pode dar-se que *lez specia.lis* exija, a mais, o assentimento do devedor ou da sociedade, em se tratando de ações de sociedade.

O direito à parte do herdeiro na herança é empenhável (O.WMtNEYER, *Koinmestar,* II, 486), como *direito* cessível.

2."PIGNUS DETITI". Pode constituir-se penhor dando-se em garantia crédito contra o outorgado? Com isso, estabelece-se penhor que segura o crédito, a pretensão, a ação, ou a exceção, para o caso de não solver a divida, não satisfazer a pretensão, não atender à ação ou à exceção o próprio titular. O paradoxo é só aparente. Da espécie não cogitou o direito romano. No direito comum, B. WINDSCKEID *(Lehrbuch,* 1, 9Y~ ed., 1218 s.) a ela se referiu em poucas linhas: se o credor pignoratício (titular do direito de penhor) é o próprio devedor no crédito empenhado, compete-lhe contra a ação do credor exceção, mas também a faculdade de extinguir, diretamente, o crédito, exercitando o seu direito de penhor. R. DERNEURG *(Das Pfand.recht, 1,* 474) repelia a asserção comum de se dar *cosi usio,* mas admitia a exceção de dolo *(exceptio dou)*. II E.P. BREMER *(Das Pfandrecltt und die Pfandobjekte,* 156) reconhece o *pignus debiti,* com o *jus distrahendi* e a ação própria. A. EXNER *(Kritik de., Pfandrechtsbegrif Is,* 176) enleou-se em sua concepção do penhor sem objeto em crédito e não aprofundou

o assunto. M. WITTELSHÓFER *(Das Pf ara!recht as einer Forderung* ~pignus nominis], 102) teve a opinião de que F. P. BREMER se aproximara. KONRAD HELLWíG *(Verpfãndung und Pfándung vos Forderung,* 134 s.) insurgiu-se contra E. DERNBURG, que só admitia a *exceptio doU.* L.PFAFF *(Geld ais Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung,* 38, 42 e 52) combateu a F. P. BREMER, por lhe parecer faltar *interesse* ao titular do direito de penhor, porque o *ins distrahesdi* seria contra si mesmo: o *ius ezigendi* teria o simples efeito desconstitutivo do crédito.

No direito processual civil, negaram que possa haver *pignus debiti* KULEMANN (Ober Einwendungen gegen Prozesskosten, *Archiv fi2r die civilistische Prazis,* 68, 427) e outros. Admitiram-no G. voN WILMOWSKY e M.

LEvY *(Civilprozessordnung,* § 730, nota 5), L. GAUPP, A. FÕRSTER, R. RINTELEN *(Der Civilprozess,* 743) e JOSEF KOHLER *(Der Prozess ais Rechtsverhiiltnisse,* 11). Os últimos com razão.

§ 2.589. Títulos e documentos

1. DOCUMENTOS. Ao falarmos, aqui, de documentos, só nos referimos ao que "documenta" direito, pretensão, ação, ou exceção, pré-excluindo-se o que *incorpora* o direito, a pretensão, a ação ou exceção, ou *representa* bem corpóreo.

Documentos, no sentido estrito em que aqui se emprega o termo, somente podem ser objeto de penhor se, por si só, têm valor patrimonial *(e. g.,* documento de valor histórico, autógrafo). Se o seu valor é simplesmente de prova, ou de legitimação, não são empenháveis. Se entregou em garantia; pois, sem ele, o outorgante não pode provar crédito contra alguém, ou não pode legitimar-se a alguma prestação, o que se constituiu, convencionalmente, foi *direito de retenção,* e não penhor (G. PLANCI<, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 1152; O.

WARNEYER, *Komment ar,* II, 444).

2. CONCURSO *DE* CREDITO. No concurso de credores, quem somente tem direito de retenção, de origem convencional. e não penhor não o pode opor; apresenta o crédito

.

8. TlTUL0S Os títulos ao portador empenham se como bens corpóreos. Não há considerá-los objeto de penhor de créditos.

Outrossim, os títulos à ordem, cuja propriedade se ajuste por endosso.

Dúvida somente poderia surgir quanto aos titulas nominativos não endossáveis Empenham se como se alienam.

Para alienação deles o que se exige é o acordo de transferência, tal como se dá com os conhecimentos de embalue e demais títulos, com a notificação) da cessão ao devedor, se não está implícita na apresentação para registro nos livros do emitente. Se *lex speciolis* exige a 5ntrtg& do titulo, a transferência torna-se dependente da transmissão da posse. Passa-se o mesmo quanto ao penhor de tais títulos.

Nos títulos nominativos, lia *iscor'Poflio* mas a incorporação opera-se sem que a corporiedade passe à frente transfirem-se direito *e* titulo; não se transfere direito *porque se* transferiu titulo. A exigência da notificação da cessão é significativa. ErnpAflh5m~ o direito e o titulo; não se empenha o direitO porque se empenhou o titulo.

AI está a razão por que devemos tratar do penhor dos títulos ao portado? e dos titulas endossáveis no capítulO

sobre penhor de bens corpóreos. e do penhor de titulas nominativos no capitulo do penhor de créditos e outrOS

direitos (bens incorpóreos»

§ 2.590. Caução de títulos de crédito

1.CONCU"~ A caução de títulos de crédito é penhor, como os outros penhores. A diferença está em que, na caução) de títulos de crédito, o crédito é que é objeto do penhor. e não a coisa corpórea. Conforme o conceito, que antes pressissões de penhor de direitos, a caução de títulos de crédito é espécie de penhor de direitos < = = penhor em direitos, penhor sobre direitos).

2.TÍTULOS DE CRÉDITO. No código Civil, há duas regras jurídicas que se referem ao *objeto* da caução de titulas de crédito: a do art. 789, concernente aos títulos nominativos de divida públicas e a do art. 790, que equipara ao penlior a caução de titulas de crédito pessoal.

Preliminarmente. é de entende se que os arte. 789-79~

nada têm com o penhor de títulos ao portador nem com o endosso pignoratício que se regem por seus princípios.

O titulo endossável tem circulação que não é a dos títulos só cessiveis segundo as regras comuns do direito das obrigações do titulo ao portador é bem corpóreo. Portanto, o assunto, de que se bá de tratar, rio tocante à chamada caução de títulos de crédito, é limitado às cauções de créditos.

DIREITO DA CAUÇÃO DE TÍTULOS DE CREDITOS "AO credor por esta caução"~ diz o ad. 792, "compete o direito de:

i.Consertar e recupera? a posse dos títulOs cagetonados por todos os meios civeis ou criminais, contra qualquer detentor, inclusive O próprio dono. ii. Fazer intimar ao devedor dos titulas caucionadas, que não pague ao seu credo?, enque misdurar a caução (ad. 794). III Usar das ações, recursos e exceções conveniente para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se deste fora procurador especial. IV. Receber a importância dos títulos caucionados, e ~ ao devedor, quando êste solver a obrigação por eles garantida". No ad.

798, explicitações "No caso do artigo antecedente, n. IV, o credor caucioflado ficará, como depositi.rio, responsável ao credor caucionado, pelo que receber além do que este lhe devia".

Pelo ad. 791, II, ve-se que a intimação do devedor, para que não pague ao seu credor, é para eficácia da caução, e não para compor o suporte fâctico da caução.

Créditos, direitos, não têm posse, de modo que seria absurdo pensar-Se em entrega da posse para se completar o suporte táctico do penhor. so bens corpóreos e incopletos que *85* "coisitiam, como o bem intelectual ou industrial, suscetível de propriedade~ podem ser *posstddos* (Tomo X, §§ 1.068, 2, e 1.126). Não há posse de direitos

~55sc~is. Mas, tendo o Código Civil, ad. 791, exigido a entrega do titulo <ou documento), o penhor recai no crédito e no titulo <ou documento). A pertença, ai, é suscetível de posse.

Para sua outorga? direito de penhor sobre créditos e outros direitos, é preciso que haja o *acordo de con8titU~4~*

com os requisitos de existência, validade e eficácia que se exigem à *cessão,* à transferência da titularidade; mais a entrega dos títulos (ou documentos).

4.POSSE E TÍTULOS NOMINATIVOS. Somente a respeito da caução de títulos nominativos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios poderia parecer que se dispensou a entrega da posse dos documentos. Lê-se no Código Civil, art. 789: "A caução de títulos nominativos de dívida da União, dos Estados e dos Municípios equipara-se ao penhor e vale contra terceiros" entenda-se "é eficaz" "desde que for transcrito, ainda que esses títulos não hajam sido entregues ao credor". a Dispensa-se toda transmissão de posse? Sim, decidiram, sem fundo exame, as Câmaras Cíveis da Corte de Apelação de Mato Grosso, 8 de julho de 1935, E. *de D.,* 127, 221), inclusive se mercantil o penhor, porque o art. 789 abrange quaisquer penhOres, por ser *lez specialis* aos títulos nominativos das dividas públicas. Não está certo. O art. 789 não dispensou a posse dos documentos.

Em sistema jurídico que abstrai do *animus* e do *corpus,* o art. 789 tem de ser interpretado de outro modo: documentos são *pertenças do direito;* o penhor de~ títulos nominativos não-endossáveis é penhor de créditos; os documentos são pertenças do crédito; com a transcrição, o crédito fica empenhado, e quanto aos documentos, pertenças do crédito, tem o titular direito à posse imediata. O penhor independe, então, da posse imediata dos documentos; a transcrição confere direito e posse mediata sobre os títulos, que ou ficaram com a repartição estatal que sobre eles tem posse imediata, ou foram entregues a quem o deviam ser (ao titular do direito de penhor), ou foram entregues a pessoa que não havia de os receber. O direito de penhor e sua eficácia *real* independem de qualquer entrega da posse *imediata:* com a transação, conferiu-se o direito ao outorgado, e a posse mediata lhe foi transferida, pela tradição da posse mediata. Sem essa construção, ficaria incongruente o sistema jurídico brasileiro: não se dispensou posse; dispensou-se, para aquisição do direito de penhor, a posse imediata (sem razão, a 43ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 25 de maio de 1938, *1?. dos 7'.,* 116, 106). O

principio do art. 789 não se estende aos outros penhores de títulos nominativos não-endossáveis e mais créditos, pois o art. 790 foi explícito: "Também se equipara ao penhor, *mas com as modificações dos artigos seguintes,* a caução de títulos de crédito pessoal". Uma das modificações é a do art. 791:

"Esta caução principia a ter efeito com a tradição do título ao credor, e provar-se-á por escrito, nos termos dos arts. 770 e 771". Frisaram alguns julgados a indispensabilidade da posse imediata dos documentos-pertenças (13

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 27 de abril de 1943, .1., 22, 281; Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Espírito Santo, 29 de abril de 1942, *Acórdãos,* II, 78). Mas em verdade o que se não dispensa, na espécie do art. 789, é a transferência da posse de titular de penhor, ou seja imediata ou mediata.

5.CRÉDITO GARANTIDO POR HIPOTECA E PENHOR. ~QUe é

que se empenha quando se constitui penhor sobre crédito garantido por hipoteca? *a)* ~Só o crédito? Então, não haveria vantagem para o titular do direito de penhor em ter havido a garantia hipotecária. *b)* <~O crédito *mais* a hipoteca? ~Ou *c)* ou só a hipoteca? Se *a),* não pode o titular do direito de penhor exercer a ação executiva hipotecária (53 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de novembro de 1931, *R. dos T.,* 84, 63; 43

Câmara Civil, 16 de março de 1982, 82, 245). Mais radicais, alguns julgados entendiam que não havia o penhor de créditos hipotecários, isto é, créditos com a hipoteca (Câmaras Civis, 9 de abril de 1933, *R. F.,* 61, 32; 33

Câmara Civil, 9 de maio de 1938, *R. do8 T.,* 86, 609; 3□8 Câmara Civil, 22 de setembro de 1933, 90, 520; contra, reputando o art. 1.0 do Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1984, meramente interpretativo, a 33 Câmara Civil, a 25 de setembro de 1946, *R. dos T.,* 165, 659). Pareciam adotar b) CLÓVIS BEVILÁQUA e 3. X. CARVALHO

DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, Livro IV, Parte, II, 689 s.).

O crédito garantido é suscetível de usufruto. Também de direito de penhor. Grava-se o crédito, que leva consigo a hipoteca. Somente quanto às letras hipotecárias é que se pode pensar em penhor de títulos incorporantes; mas, ainda aí, a solução não é e).

As letras hipotecárias e as cédulas rurais pignoratícias incorporam o crédito, "coisificam-se", de modo que circulam como bens móveis corpóreos. Não há, então, qualquer problema quanto ao objeto do penhor. O bem é corpóreo e suscetível de posse. A cártula (letra ou

cédula) passa à frente do direito, que se insere em seu corpo.

ADVERTÉNCIA

A despeito de todos os esforços de sistematização, foi impossível pôr-se num só tomo toda a matéria da hipoteca, do penhor e da anticrese. Donde termos tido de dividi-la em dois tornos, com os índices no fim do Tomo XXI, referentes aos Tornos XX e XXI. Por outro lado, a recente legislação sobre crédito rural exigiu que lhe déssemos particular atenção no Tomo XXI.

Têm assim os leitores a tratação completa e em dia, logo após a promulgação da lei e a apreciação dos vetos.